actualités

JuriSanté

n° 53

Avril 2006

LA REVUE DU CENTRE DE DROIT JURISANTÉ

L'information juridique au service des professionnels de la santé





Déjà parus

Un ou plusieurs de ces thèmes vous intéressent ?
Appelez le Centre de droit JuriSanté au 01 41 17 15 56

Directeur de la publication : **André Lestienne**
Directeur de la rédaction : **Claudine Esper**
Secrétaire de rédaction : **Isabelle Génot-Pok**
Communication : **Constance Mathieu**

Conception et impression : **Imprimerie Compédit Beauregard S.A.** Tél. : 02 33 37 08 33
Dépôt légal : 2e trimestre 2006 - n° ISSN 1257-3116

Vers un démembrement des établissements de santé ?

Depuis la loi portant réforme hospitalière du 31 décembre 1970, le thème de la coopération hospitalière est devenu un leitmotiv.

Prévue initialement pour limiter la concurrence entre les hôpitaux et les cliniques, ladite coopération a également pour objectif la compensation des inégalités entre les établissements ainsi que l'organisation de réseaux de soins permettant une continuité entre la médecine de ville, le secteur médico-social et le monde hospitalier (loi du 31 juillet 1991, ordonnance du 24 avril 1996 – loi du 4 mars 2002, ordonnance du 4 septembre 2003).

Cependant, les réseaux de santé et les Groupements de coopération sanitaire (GCS) font montre d'un certain particularisme juridique par rapport aux autres formules de coopération.

Les réseaux de santé ayant pour objectif d'organiser des filières de prise en charge de patients, et qui sont ouverts pour ce faire aux médecins libéraux, aux établissements de santé, aux GCS, aux institutions sociales ou médico-sociales ainsi qu'aux organisations à vocation sanitaire ou sociale et aux représentants des usagers, peuvent, depuis la loi du 4 mars 2002, assurer une prise en charge de la personne y compris sur le plan de la prévention, du diagnostic et des soins. Autrement dit, ils peuvent dorénavant exercer eux-mêmes des missions de soins, et l'ordonnance du 4 septembre 2003 a expressément prévu la possibilité pour lesdits réseaux de se constituer en GCS, Groupement d'intérêt économique (GIE), Groupement d'intérêt public (GIP) ou association, leur donnant ainsi la faculté de se doter de la personnalité morale.

Les GCS, par définition, ont été dotés d'emblée de la personnalité morale, mais l'ordonnance du 4 septembre 2003 a envisagé un type particulier de GCS qui peut être autorisé par le directeur de l'agence régionale de l'hospitalisation à exercer les missions d'un établissement de santé (Article L. 6133 alinéa 6 du code de la santé publique). Ainsi, sans être appelé expressément établissement de santé, ce type de GCS en aura les attributions…

Ainsi, le fait de reconnaître la possibilité pour des réseaux de santé et pour des GCS d'exercer des missions de soins, c'est-à-dire ce qui représente le cœur du service public hospitalier des établissements publics de santé, renvoie indiscutablement à la thématique du démembrement de ces derniers, même si bien évidemment, le terme n'est pas utilisé…

De ce fait, sont apparus discrètement dans le paysage hospitalier français de nouveaux acteurs dotés des attributs des établissements de santé, et peut-être demain de la même dénomination juridique reconnue à ceux-ci.

Christian Vallar,
Docteur d'État en Droit,
Avocat au Barreau de Nice,
Professeur Agrégé des Facultés de Droit



Avant-propos

Le domaine public hospitalier est un sujet plus que jamais d'actualité avec la récente publication du code général de la propriété des personnes publiques applicable aux établissements publics de santé (ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques, JO du 22 avril 2006), dont l'entrée en vigueur est fixée au 1er juillet 2006.

Ce texte, s'il ne révolutionne pas le droit domanial, présente l'avantage de préciser certaines notions tout en leur donnant une base législative (définition du domaine public et du domaine privé, conditions de cession d'un bien, transfert de propriété entre personnes publiques…). Il constitue aujourd'hui le document de référence pour tous ceux qui s'intéressent à la gestion du domaine public hospitalier.

C'est à eux que sont destinées les pages qui suivent, consacrées aux questions relatives au domaine public hospitalier les plus fréquemment posées au Centre de droit JuriSanté du CNEH.

Sanaa Marzoug,
Directeur d'hôpital,
Consultante au Centre de droit JuriSanté

La modernisation de la gestion patrimoniale hospitalière à la croisée des chemins

Vincent Le Taillandier
Directeur de la MAINH

La gestion du patrimoine foncier à l'hôpital accuse un certain retard. L'optimisation de ce potentiel et sa modernisation deviennent une préoccupation partagée par les professionnels, comme en témoigne ce numéro spécial[1]. Ce sujet longtemps considéré comme technique et marginal, peut-il devenir un des chantiers participant à la réforme hospitalière ?

I – Une place modeste

Même si l'hôpital est souvent un propriétaire important sur le plan local – la superficie moyenne d'un centre hospitalier spécialisé par exemple est d'environ 32 hectares –, l'administration des actifs fonciers occupe traditionnellement une place modeste.

Dans la vie de l'établissement comme de celle de ses dirigeants, les acquisitions comme les cessions sont des événements rares. De plus, les montants qui peuvent être significatifs demeurent relatifs à l'échelle du budget hospitalier. La technicité des opérations, l'absence de compétence interne, à l'exception des plus grandes administrations hospitalières[2], la lenteur du traitement de ces affaires étalées sur plusieurs années, font de cette question un sujet de spécialistes.

Enfin, les décisions sont fortement soumises aux contingences locales. Le projet patrimonial s'insère le plus souvent dans une dynamique urbaine, rencontre des intérêts municipaux puissants qui peuvent être contradictoires avec la logique hospitalière. Ceci conduit nécessairement les responsables hospitaliers à une grande prudence.

II – Des évolutions rapides

Aujourd'hui, plusieurs évolutions simultanées remettent en cause ces pratiques traditionnelles.

L'État a fait de la gestion immobilière un chantier prioritaire. L'objectif affiché est maintenant de « sortir de l'immobilisme »[3], en accélérant la politique de cession avec la création de la mission interministérielle valorisation du patrimoine immobilier de l'État, et en réaffirmant le rôle de propriétaire de l'État avec un service des domaines rénové (France Domaine). L'hôpital ne peut pas rester à l'écart de cette stratégie d'amélioration de la performance globale du secteur public.

Le nouveau contexte budgétaire impose le changement. L'optimisation de tous les coûts d'exploitation, la recherche de ressources pour équilibrer les plans de financement des investissements[4] donnent une actualité singulière aux dépenses de gestion et d'entretien du domaine hospitalier, et aux conditions de cession du domaine privé.

Il y a un véritable intérêt à agir, à rationaliser la gestion immobilière pour dégager des marges de manœuvre interne, pour retrouver un équilibre financier. En 2003 et 2004, les produits de cession ont constitué 10 % des crédits d'investissement de l'AP-HP ; ils participent au plan actuel de retour à l'équilibre. Aux Hospices Civils de Lyon, la gestion non affectée dégage annuellement 4 à 6 % du financement des immobilisations.

Les programmes nationaux d'investissement (plan Hôpital 2007, Plan de santé mentale) provoquent également une forte mutation de l'assiette foncière. Entre 2000 et 2006, le volume annuel des immobilisations réalisées par les EPS double passant de 2,7 milliards d'euros à plus de 5 milliards d'euros. Une cinquantaine de sites significatifs dont une dizaine d'Hôtels-Dieu pourraient se libérer dans les cinq à sept prochaines années.

Enfin, le nouveau cadre juridique (ordonnances du 4 septembre 2003 et du 14 juin 2004) permet une utilisation plus dynamique du domaine public en ouvrant la possibilité au propriétaire hospitalier de transférer ses droits sur un tiers, par un bail emphytéotique ou un contrat de partenariat, en contrepartie de la réalisation d'un ouvrage immobilier.

Cet assouplissement du droit domanial et de la construction connaît un développement significatif. En mai 2006, 35 projets en BEH ou CP représentant 1,3 milliard d'euros d'investissement étaient engagés. Cette expérience introduit un changement majeur en dissociant l'investisseur privé, en charge de la maintenance de l'ouvrage, et l'exploitant public locataire.

III – Les conditions de la modernisation

La gestion du patrimoine hospitalier longtemps « notariale » est en cours de transformation, par nécessité et grâce à l'intelligence des professionnels sur le terrain, mais ce mouvement spontané sera sans doute lent et inégal.

Son accélération, sa généralisation nécessitent plusieurs conditions :

– La connaissance et la valorisation du patrimoine au niveau de l'établissement (comme au niveau national) qui constituent l'étape préalable avant la définition d'objectif par l'intermédiaire d'un schéma pluriannuel foncier devant s'intégrer au projet d'établissement et au plan général global de financement prévisionnel (PGFP). En bref, il s'agit de relier la gestion patrimoniale, fonction support, au pilotage global de l'établissement.



– La professionnalisation de la démarche[5] au stade stratégique comme opérationnel (cession, optimisation de la location…) qui passe le plus souvent par l'appel à des prestataires extérieurs pour bien maîtriser la démarche complexe et longue.
– Le partenariat avec les élus à la recherche d'espace pour les équipements publics ou pour faciliter le logement, mais qui contrôlent le plan local d'urbanisme, le permis de construire… C'est une condition du succès, cette relation devant toutefois rester équilibrée et permettre des cessions à un juste prix.
– Enfin, l'impulsion nationale du Ministère de la Santé et des Solidarités, qui apparaît indispensable pour engager une dynamique d'ensemble. La mutualisation des expériences entre professionnels et le développement de méthodologies communes sont à préconiser et à organiser dans le cadre de la création d'un centre de ressource national, adapté aux spécificités hospitalières. ■

Notes...

(1) Voir également : colloque de la MAINH du 24 octobre 2005, table ronde sur la dynamisation du patrimoine, colloque de la Société Française d'Histoire des hôpitaux des 3 et 4 février 2006 sur le devenir des Hôtels-Dieu.
(2) Comme les assistances publiques de Paris, et de Marseille, les Hospices Civils de Lyon et Strasbourg.
(3) Mission d'évaluation et de contrôle, rapport du 6 juillet 2005 sur la gestion et la cession du patrimoine de l'État et des établissements publics.
(4) Dans le nouveau cadre budgétaire de l'état prévisionnel des ressources et des dépenses (EPRD) qui globalise dans un seul document l'exploitation et l'investissement.
(5) Développée dans le premier guide relatif à la dynamisation des actifs immobiliers des établissements hospitaliers publié par la MAINH, octobre 2005.

La notion de domaine privé hospitalier : de nouveaux contours dictés par la réforme

Brigitte de Lard
*Juriste,
Expert auprès
du Centre de droit
JuriSanté du CNEH*

Dans la nébuleuse des concepts de droit public restés obscurs au non-initié figure notamment la distinction entre domaine public et domaine privé. Les personnes publiques et l'État disposent en effet d'un domaine, soumis à un régime juridique spécifique et exorbitant du droit commun pour une grande partie, ce domaine étant lui-même subdivisé en deux catégories : domaine public et domaine privé.

Sur le domaine d'un établissement public hospitalier, pouvoir délimiter les terrains et immeubles qui relèvent du domaine public et ceux qui appartiennent au domaine privé comporte un certain nombre de répercussions juridiques non négligeables, au premier rang desquelles la possibilité de céder ou non le bien en question, de constituer sur lui des droits réels (hypothèque par exemple), etc.

La très récente adoption d'un code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP)[1] permet de clarifier la notion de domaine privé, non seulement celui de l'État, mais aussi celui des collectivités territoriales, de leurs groupements, et des établissements publics, parmi lesquels les établissements de santé. La notion de domaine privé voyait auparavant ses contours redessinés au fur et à mesure que des évolutions jurisprudentielles construisaient la notion de domaine public. La codification réformatrice (et non à droit constant) qui vient d'intervenir devrait apporter une certaine sécurité juridique et davantage de lisibilité aux acteurs hospitaliers en charge d'un patrimoine à gérer[2].

I – Identifier son propre domaine privé hospitalier, pour quoi faire ?

Décideur hospitalier initié à la distinction domaine privé/domaine public en vaut-il deux ? Force est de constater, en tous les cas, que la méconnaissance de cette distinction peut générer un risque juridique certain. Ainsi par exemple, l'établissement de santé qui déciderait d'aliéner un bien sans s'être assuré que celui-ci, au terme d'un processus de désaffectation matérielle suivi d'un déclassement formel, est entré dans le domaine privé, s'exposerait à un risque de contentieux pouvant aboutir au prononcé de la nullité de la cession par le juge administratif. Le recours pourrait être initié par un acquéreur potentiel finalement évincé et mécontent. Si l'hypothèse relève davantage du cas d'école, on pourrait également envisager le déféré administratif exercé par le directeur de l'ARH contre une délibération du conseil d'administration autorisant l'aliénation d'un bien ne relevant pas du domaine privé (art. L. 6143-4 CSP). Rappelons à cet égard que l'affectation des biens immeubles relève de la compétence, et par là même de la responsabilité du conseil d'administration (art. L. 6143-1-10° CSP), le directeur étant en charge de la mise en œuvre des délibérations du conseil d'administration, parmi lesquelles on trouvera notamment les acquisitions et aliénations. À ces deux autorités il appartiendra donc, dans un souci de sécurité juridique, de savoir différencier avec clairvoyance domaine privé et domaine public.

II – Le domaine privé enfin défini par les textes ?

La définition posée par le nouveau code reprend la construction prétorienne qui avait adopté une détermination du domaine privé « par défaut » : *« Font partie du domaine privé les biens des personnes publiques (…), qui ne relèvent pas du domaine public (…) »* (art. L. 221-1 CGPPP).

La coexistence de principe d'un domaine public et d'un domaine privé à l'hôpital apparaissait déjà implicitement à la lecture de l'ancien article L. 6148-1 du CSP, introduit par l'ordonnance 2003-850 du 4 mars 2003 : *« Les biens du domaine public des établissements publics de santé (…) sont inaliénables et imprescriptibles »*. A contrario, les biens du domaine privé des établissements de santé sont aliénables et existent donc bien à l'hôpital. Ce dernier texte a été modifié dans un souci de mise en cohérence avec le CGPPP[3].

Le code général de la propriété des personnes publiques va toutefois plus loin, en énumérant de façon non exhaustive, quatre catégories de biens pour lesquels la loi détermine a priori le rattachement au domaine privé :

- réserves foncières[4],
- biens immobiliers à usage de bureaux, à l'exclusion de ceux formant un ensemble indivisible avec des biens immobiliers appartenant au domaine public,
- chemins ruraux (art. L. 2212-1 CGPPP),
- bois et forêts des personnes publiques relevant du régime forestier (art. L. 2212-1 CGPPP).

S'agissant des immeubles de bureaux, il convient de préciser que leur qualification de dépendances du domaine privé avait déjà été reconnue il y a peu s'agissant de ceux appartenant à l'État ; la réforme ne s'est ici, une fois de plus, pas limitée à une codification à droit constant, puisqu'elle a étendu cette règle à l'ensemble des personnes publiques[5].



Notons par ailleurs que le code consacre une section aux modalités de concession des logements de fonction (art. L. 2222-11 CGPPP). Cette section relève d'un titre III consacré à l'utilisation du domaine privé, ce qui laisse entendre la volonté implicite du législateur de faire dépendre les biens immeubles affectés aux logements de fonction du droit applicable au domaine privé.

III – Quelle méthode de qualification des biens susceptibles de relever du domaine privé ?

Concernant les biens ne relevant pas d'une des catégories précitées, et dans la mesure où tout bien d'un établissement public de santé relève d'une de ces deux catégories, comprendre la notion de domaine privé suppose d'appréhender précisément celle de domaine public. En effet, la définition juridique du domaine privé est une définition négative : en principe et sauf dérogation légale, tous les biens appartenant aux personnes publiques, et qui ne relèvent pas du domaine public, sont considérés comme appartenant au domaine privé.

Les critères de détermination du domaine public doivent ici être brièvement rappelés. Élaborés par la jurisprudence et consacrés par le nouveau code, ils ont contribué à dessiner les contours de la notion. Pour mémoire, on retiendra que, *« sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne est constitué des biens lui appartenant qui sont, soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public. Font également partie du domaine public les biens des personnes publiques qui, concourant à l'utilisation d'un bien appartenant au domaine public, en constituent un accessoire indissociable »* (art. L. 2111-1 et L. 2111-2 CGPPP).

Pour relever du domaine privé d'un établissement de santé, un bien ne doit donc :
- ni être affecté à l'usage direct du public,
- ni être affecté à un service public par le biais d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public.

Quels biens appartenant à l'hôpital peuvent n'être ni affectés à l'usage du public, ni au service public ?

• Le domaine privé constitué des biens non affectés à l'usage du public

Cette catégorie de biens du domaine privé sera peut-être la moins importante en volume (elle s'avère par ailleurs difficile à appréhender). Elle regroupera les biens que l'établissement ne met pas à la disposition du public. Toutefois, la plupart de ces biens non affectés à l'usage du public sont en même temps des biens qui ne sont pas affectés au service public et qui entrent donc de manière plus claire dans la seconde catégorie.

Il pourrait s'agir par exemple de biens meubles détenus par l'hôpital, auxquels le public n'a pas accès : œuvres d'art, objets religieux, objets scientifiques relevant du patrimoine de l'hôpital de longue date[6].

On pourrait également envisager une parcelle de terrain (ne relevant pas du régime forestier), appartenant à l'hôpital. Celle-ci n'entrant pas dans les attributions du service public hospitalier, si l'hôpital ne l'affecte pas à l'usage du public par un accès libre et ouvert à la promenade par exemple, on pourrait considérer qu'une telle parcelle relève du domaine privé de l'établissement de santé.

• Le domaine privé constitué des biens non affectés au service public

Ici, la notion de domaine privé recouvre une certaine clarté. Déjà en 1977, le Conseil d'État avait indiqué que *« les bâtiments et installations qui appartiennent aux établissements publics hospitaliers lorsqu'ils sont affectés au services public et spécialement aménagés à cette fin, sont des dépendances du domaine public de ces établissements. Il en est ainsi notamment des voies de desserte établies à l'intérieur des hôpitaux, de leurs dépendances et de leurs accessoires »*[7].

Il convient ici de rapprocher la notion de domaine privé constitué des biens non affectés au service public, de celle de service public hospitalier, telle qu'elle est posée par les articles L. 6111-1 s., L. 6112-1 s. du CSP :
- assurer examens de diagnostic, surveillance et traitement des malades, des blessés et des femmes enceintes,
- participer à des actions de santé publique et notamment à toutes actions médico-sociales et actions d'éducation pour la santé et de prévention,
- participer à la mise en œuvre du dispositif de vigilance destiné à garantir la sécurité sanitaire,
- dispenser, le cas échéant avec hébergement, des soins de courte durée, des soins de suite ou de réadaptation, des soins de longue durée…

De cette énumération, il ressort que si le domaine public est lié au service public, le domaine privé doit exclure les biens meubles et immeubles dédiés :
- aux activités de promotion de la santé publique (structures d'accueil et d'information), d'éducation, d'enseignement (IFSI), de recherche (laboratoires)…,
- aux activités d'hébergement, qui constituent un accessoire de la mission de soins et englobent toutes les prestations liées à l'hôtellerie : traitement du linge (blanchisserie), restauration (cuisines), entretien des locaux…,
- aux activités médico-techniques : stérilisation, service biomédical…

Tous les locaux liés à ces activités et les équipements qui les constituent ne sauraient dès lors relever du domaine privé car ils sont directement ou indirectement rattachés au service public hospitalier.

Dans ces conditions, il semble que tout bien meuble ou immeuble relevant de la mission de soin, de recherche, d'éducation pour la santé, de prévention, ainsi que les activités qui lui sont accessoires telles qu'hôtellerie, activités médico-techniques, administratives et de gestion ne sauraient relever du domaine privé. À l'inverse, les activités ne relevant pas du service public hospitalier ou des activités qui en sont le support logistique ou technique pourraient relever du domaine privé. On pourrait citer par exemple le patrimoine viticole de certains établissements de santé, mais on peut également envisager :

- des terrains, non utilisés par l'hôpital,
- d'anciens bâtiments de soins, désaffectés et non reconvertis…

Le nouveau code a introduit, s'agissant du critère d'affectation au service public, une exigence supplémentaire que les juges n'avaient pas posée : il ne suffit pas, pour permettre la qualification de dépendance du domaine public, que le bien ait fait l'objet d'un aménagement spécial[8]. Il faudra désormais que ce bien ait fait l'objet d'un aménagement « indispensable » à la mission de service public. L'analyse jurisprudentielle n'a pas été reprise telle quelle, ce qui conduira certainement :

- d'une part à la réduction globale du champ du domaine public, la définition de celui-ci étant désormais plus restrictif,
- d'autre part, à des interrogations qui pourront éventuellement se résoudre devant le juge, sur cette notion d'aménagement indispensable et non plus seulement spécial.

Dans tous les cas, cette exigence d'un aménagement indispensable du bien en vue du service public semble remettre en cause la conception particulièrement restrictive s'agissant du domaine privé hospitalier de certains auteurs, considérant qu'un bien, dès lors qu'il se trouve dans l'enceinte du site hospitalier, pourrait relever du domaine public alors même qu'il n'a pas reçu d'affectation[9]. Cette analyse paraît particulièrement sévère et conduirait à vider de sa substance la notion de domaine privé hospitalier ; elle nous semble à ce titre discutable.

Prudence donc ! La notion de domaine public semble reculer avec la réforme, mais sans avoir de précision réglementaire, jurisprudentielle, ou simplement pratique sur la portée de ce recul, la notion de domaine privé reste pour partie insaisissable : elle est à géométrie variable et dépend totalement des contours donnés à celle de domaine public. Par mesure de prudence, toute opération immobilière projetée sur un bien hospitalier, qu'il s'agisse, d'une cession, acquisition, mise à disposition, constitution de droits réels… devrait donc être précédée d'une interrogation sur la nature juridique même du bien concerné[10].

IV – Le domaine privé hospitalier : quelles conséquences juridiques dans la gestion du patrimoine ?

Pourquoi attacher tant d'importance à qualifier juridiquement le bien immobilier de l'hôpital ? Le guide de la MAINH le montre bien : la question de la qualification de dépendance du domaine public ou privé se pose dès lors que, – notamment dans un souci d'optimisation de son patrimoine –, l'établissement de santé souhaite louer ou céder un bien immobilier lui appartenant.

L'entrée ou l'appartenance du bien au domaine privé de l'établissement va en effet ouvrir un certain nombre de portes qui restaient fermées s'agissant de dépendances domaniales publiques. De manière générale, *« la gestion du domaine privé est soumise aux règles du droit privé : la collectivité publique propriétaire en use exactement comme le ferait un propriétaire privé »*[11]. Le nouveau code a consacré cette idée : *« Ainsi que le prévoient les dispositions du second alinéa de l'article 537 du code civil, les personnes publiques gèrent librement leur domaine privé selon les règles qui leur sont applicables »* (art. L. 2221-1 CGPPP).

Cette liberté de gestion emporte pour les établissements publics de santé diverses facultés :

- mise à disposition et location des biens relevant de leur domaine privé (art. L. 2222-3 : rappel des règles de passation des baux) ;
- cession de ses biens meubles et immeubles. Pour les biens immeubles, le recueil préalable de l'accord de l'autorité administrative compétente et l'insertion dans l'acte d'aliénation de clauses permettant de préserver la continuité du service public sont nécessaires ; la cession intervient ensuite dans les conditions posées par le code général des collectivités territoriales (art. L. 3211-13 et L. 3211-14 CGPPP) ;
- échange possible des biens et droits à caractère mobilier et immobilier (art. L. 3211-23 CGCPP) ;
- la cession à titre gratuit semble en revanche particulièrement limitée ; s'agissant des biens immeubles, elle n'est évoquée que pour le domaine de l'État ; elle est autorisée mais particulièrement limitée s'agissant des biens meubles des établissements de santé : autorisation de cession à titre gratuit des matériels informatiques dont ils n'ont plus l'emploi aux mêmes conditions que celles fixées pour l'État (art. L. 3212-1 CGPPP).

Par ailleurs l'aliénabilité du bien n'emporte pas une totale liberté de la collectivité propriétaire. L'établissement de santé devra veiller à consulter pour avis le directeur des services fiscaux sur les conditions financières des opération immobilières suivantes : baux, accords amiables et conventions quelconques ayant pour objet la prise en location d'immeubles de toute nature ou de fonds de commerce d'un loyer annuel total égal ou supérieur à une somme fixée par arrêté ministériel, acquisition à l'amiable d'immeubles ou de parties d'immeubles d'une valeur totale égale ou supérieure à une somme fixée par arrêté ministériel[12].

Certains points ne sont pas abordés par le nouveau code. On peut en déduire, dans le silence des textes, le maintien de principes antérieurement édictés :



– la prescription quadriennale s'applique s'agissant des dettes contractées relativement au domaine privé,
– l'administration peut recourir aux procédés de droit public concernant les créances dont elle est titulaire.

Enfin, le domaine privé des établissements publics de santé restera protégé au regard de certaines atteintes potentielles. En particulier, les biens du domaine privé sont insaisissables, à l'instar de ceux du domaine public (art. L. 2311-1 CGPPP). ■

Notes...

(1) Ordonnance 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques, JO n° 95 du 22 avril 2006.
(2) Il convient de préciser que les dispositions textuelles ci-après évoquées constituent le droit commun, sous réserve de règles particulières éventuellement applicables, notamment pour les personnes publiques d'outre-mer, pour lesquelles la cinquième partie du code prévoit un dispositif parfois dérogatoire. Ne seront pas non plus abordées les règles applicables aux établissements publics de santé nationaux.
(3) Nouvel article L. 6148-1 CSP : *« Les propriétés qui relèvent du domaine public des établissements publics de santé et de structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique sont inaliénables et imprescriptibles ».*
(4) Rappel : Art. L. 221-2 code de l'urbanisme : *« L'État, les collectivités locales, ou leurs groupements y ayant vocation, les syndicats mixtes et [les établissements publics fonciers et d'aménagement et établissements publics fonciers locaux] sont habilités à acquérir des immeubles, au besoin par voie d'expropriation, pour constituer des réserves foncières en vue de permettre la réalisation d'une action ou d'une opération d'aménagement répondant aux objets définis à l'article L. 300-1 [mettre en œuvre un projet urbain, une politique locale de l'habitat, d'organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques, de favoriser le développement des loisirs et du tourisme, de réaliser des équipements collectifs, de lutter contre l'insalubrité, de permettre le renouvellement urbain, de sauvegarder ou de mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels] ».*
(5) Voir sur ce point le rapport au Président de la République qui justifie cet assouplissement par l'expérience acquise à l'occasion de l'extension autorisée par l'ordonnance du 19 août 2004.
(6) Voir par exemple la présentation du patrimoine hospitalier de Bourgogne par Bruno François, Laurence Lhotel & Mélanie Matthey, Patrimoine hospitalier en Bourgogne, juin 2005, www.arh-bourgogne.fr/publication/divers/patrimoine-hosp-bourg.rtf

(7) CE, sect. soc., avis n° 319.305, 28 novembre 1977.

(8) La jurisprudence avait considéré que la seule affectation au service public ne pouvait suffire à la qualification de dépendance du domaine public : encore fallait-il que le bien soit adapté à l'objet du service public. S'agissant de terrains d'une installation portuaire, le juge administratif avait pu juger : *« Considérant que les terrains ont fait l'objet d'installations destinées à les rendre propres à cet usage par leur raccordement aux voies fluviales, ferrées ou routières dont l'aménagement et la liaison constituent le port ; il résulte de ce qui précède que le contrat litigieux, dénommé "bail de location d'un terrain industriel" compris dans les limites de la concession, comportait occupation du domaine public »*, CE, Société le Béton, 19 octobre 1956 ; voir également CE, Michaud, 22 avril 1977, AJDA 1977, p. 441. Cette exigence jurisprudentielle avait été récemment confirmée par le Conseil d'État, qui a considéré qu'*« un gîte rural aménagé par une commune et affecté au service public de développement économique et touristique est une dépendance du domaine public »* CE, Commune de la Souche c/ Monsieur et Madame Claire, 25 janvier 2006, n° 284878, AJDA 2006-5, p. 231. Ces analyses jurisprudentielles sont désormais insuffisantes à définir le domaine privé au regard de la nouvelle exigence réglementaire, mais on peut s'interroger sur les critères qu'utilisera désormais le juge pour qualifier un aménagement d'indispensable et non plus de simplement spécial.

(9) Dynamisation des actifs immobiliers des établissements hospitaliers, Guide de la MAINH, octobre 2005, annexe 5, p. 45-46.

(10) Ce que n'a pas mentionné le guide précité de la MAINH s'agissant de l'inventaire du patrimoine à établir préalablement à toute opération immobilière (annexe 2, p. 16).

(11) Philippe Georges, Guy Siat, Droit public, SIREY, 14e édition, paragraphe 291.

(12) Articles L. 1311-9 à L. 1311-11 du CGCT, issus de la codification de l'article 23 de la loi 2001-1168 du 11 décembre 2001, dite loi MURCEF.

La convention d'occupation du domaine public hospitalier : mode d'emploi du contrat de location de droit public

Sanaa Marzoug
Directeur d'hôpital, Consultante au Centre de droit JuriSanté

Un bien appartient au domaine public hospitalier, dès lors que trois conditions cumulatives sont réunies : il est la propriété d'un établissement public de santé, il est affecté au service public ou à l'usage du public, et spécialement aménagé à cette fin (article L. 2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques).

Eu égard à cette définition, les dépendances domaniales sont réservées à l'usage commun et l'occupation à titre privatif du domaine public hospitalier est, semble-t-il, exclue. Les relais presse, les associations, les cafétérias seraient-ils alors installés dans les locaux hospitaliers dans la plus totale illégalité ?

I – L'appartenance au domaine public hospitalier : effets juridiques

L'appartenance au domaine public soumet les biens hospitaliers concernés à une utilisation conforme à leur affectation à l'utilité publique. Et en principe, *« aucun droit d'aucune nature ne peut être consenti s'il fait obstacle au respect de cette affectation »* (article L. 2121-1 du code général de la propriété des personnes publiques). Ainsi, l'occupation de ces biens à titre privatif est possible dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à cette exigence.

Autrement dit, un établissement public de santé peut décider de louer des dépendances de son domaine public à une personne morale ou physique, de droit public ou de droit privé, alors même que cette location n'a d'autre raison que de satisfaire un intérêt particulier, dès lors qu'elle n'est pas contraire à l'intérêt du service public hospitalier. Une convention d'occupation du domaine public hospitalier est alors conclue entre les deux parties.

Le recours à ce type de convention est très fréquent dans les établissements publics de santé. La maîtrise du régime juridique applicable à ce type de contrat semble donc essentielle.

II – Le recours à la convention d'occupation du domaine public hospitalier : règles à respecter

• La convention est conclue de gré à gré

La convention d'occupation du domaine public hospitalier suppose la rencontre et l'accord de deux volontés : celle de l'hôpital et de son cocontractant. La convention est conclue *intuiti personae*, autrement dit l'établissement public de santé peut choisir librement son cocontractant et il n'y a aucune formalité de publicité ou de mise en concurrence à respecter, contrairement à un marché public ou une délégation de service public.

La convention constitue un contrat administratif par détermination de la loi[1] ; elle bénéficie donc du régime juridique avantageux pour les personnes publiques applicables à cette catégorie d'actes de droit public.

Elle va définir les droits et obligations des parties, et notamment les garanties reconnues à l'occupant.

La convention ne pourra pas déroger aux quatre principes régissant le régime juridique des occupations privatives du domaine public et définis par les articles L. 2122-1, 2122-2, 2122-3 et 2125-5 du code général de la propriété des personnes publiques[2] : l'autorisation, la durée déterminée, la redevance et le caractère précaire et révocable.

• La convention est soumise à autorisation

L'utilisation du domaine public résulte d'une autorisation délivrée à un bénéficiaire nommément désigné. La mise à disposition des locaux hospitaliers ne peut intervenir qu'avec l'accord exprès du directeur de l'établissement. Cette autorisation confère à son titulaire un droit exclusif : il est le seul à pouvoir utiliser l'emplacement qui lui a été réservé sur le domaine public.

• La convention est conclue pour une durée déterminée

La convention doit indiquer la durée pour laquelle elle est conclue, dans la mesure où *« l'occupation ou l'utilisation du domaine public ne peut être que temporaire »* (article L. 2122-2 du code de propriété des personnes publiques). La convention d'occupation du domaine public est donc par nature un contrat à durée déterminée.

• La convention donne lieu à perception de redevances

L'utilisation privative du domaine public est subordonnée au paiement d'une redevance.

La mise à disposition de locaux par l'hôpital se fera moyennant le versement d'un loyer.

La redevance représente, en fait, la contrepartie directe de l'avantage constitué par le droit d'utili-





ser à des fins privatives le domaine public. La redevance tient compte des avantages de toute nature procurés au cocontractant. Elle est, en principe, payable d'avance et annuellement.

L'occupation à titre gratuit est possible uniquement lorsqu'elle est *« la condition naturelle et forcée de l'exécution de travaux ou de la présence d'un ouvrage, intéressant un service public qui bénéficie gratuitement à tous »* ou lorsqu'elle *« contribue directement à assurer la conservation du domaine public lui-même »* (article 2125-1 du code général de la propriété des personnes publiques).

• La convention a un caractère précaire et révocable

Toutes les occupations du domaine public sont accordées à titre précaire et révocable. C'est pourquoi elles sont compatibles avec les principes de la domanialité publique. Ainsi, l'établissement public de santé peut à tout moment pour des motifs d'intérêt général mettre fin à la convention d'occupation du domaine public hospitalier.

Il est impossible de renoncer par une clause contractuelle à ce pouvoir de résiliation. En effet, toute clause de nature à faire obstacle à l'exercice de ce pouvoir de résiliation unilatérale est frappée de nullité en vertu de la jurisprudence du Conseil d'État[3].

Cependant, dans un souci de protection du cocontractant, la convention d'occupation peut contenir une garantie d'indemnisation en cas de résiliation de la convention avant l'expiration du délai convenu. ■

Notes...

(1) Article 1er du décret-loi du 17 juin 1938.
(2) L'entrée en vigueur du code général de la propriété des personnes publiques est fixée au 1er juillet 2006.
(3) CE, 6 mai 1985, association Eurolat, Recueil Lebon p. 141.

Construire sur le domaine public : le recours au crédit-bail immobilier est-il envisageable ?

Sanaa Marzoug
Directeur d'hôpital, Consultante au Centre de droit JuriSanté

L'un des grands axes du plan Hôpital 2007 consiste à faciliter l'intervention des personnes privées dans les opérations de construction des établissements publics de santé.

Après avoir consacré un numéro au bail emphytéotique hospitalier[1], il semble intéressant d'analyser une autre procédure de financement immobilier empruntée au droit privé des affaires : le crédit-bail.

Il s'agit, après avoir défini cette notion, de préciser dans quelles conditions un hôpital peut avoir recours à cette technique sur son domaine public.

I – Le crédit-bail : définition

Le crédit-bail est régi par la loi n° 66-455 du 2 juillet 1966 relative aux entreprises pratiquant le crédit-bail et le décret n° 72-665 du 4 juillet 1972 relatif à la publicité du crédit-bail.

La loi distingue deux formes de crédit-bail qui sont fonction de la nature du bien sur lequel il porte : le crédit-bail mobilier et le crédit-bail immobilier. C'est cette deuxième catégorie qui intéresse les projets de construction des établissements publics de santé.

Le crédit-bail immobilier est l'opération par laquelle une entreprise (appelée crédit-bailleur) donne en location des immeubles à usage professionnel, achetés par elle ou construits pour son compte, lorsque cette opération, quelle que soit sa qualification, permet au locataire (appelé crédit-preneur) de devenir propriétaire de tout ou partie du bien loué au plus tard à l'expiration du bail[2] :

– soit par cession en exécution d'une promesse unilatérale de vente ;
– soit par acquisition directe ou indirecte des droits de propriété du terrain sur lequel ont été édifiés le ou les immeubles loués ;
– soit par transfert de plein droit de la propriété des constructions édifiés sur le terrain appartenant audit locataire.

Juridiquement, le contrat est constitué de trois éléments principaux sans lesquels il n'y a pas de crédit-bail : un achat d'un bien, un louage de ce bien pour une durée déterminée et une promesse unilatérale de vente[3].

Le crédit-bail immobilier s'analyse comme un contrat de location[4]. De ce fait, il dispose de sa spécificité propre par rapport à d'autres montages financiers, et notamment par rapport à l'emprunt.

Les opérations de crédit-bail ne peuvent, en principe, être réalisées que par un établissement de crédit. C'est ce dernier qui a la qualité juridique de propriétaire, et dispose donc à ce titre du pouvoir d'aliéner le bien objet du crédit-bail. En revanche, le crédit-preneur peut céder son droit de jouissance.

Le contrat de crédit-bail immobilier prévoit les conditions dans lesquelles il est possible de sous-louer tout ou partie du bâtiment, ou de céder le contrat à un tiers, l'accord préalable du crédit-bailleur étant généralement requis. Et cet accord est subordonné à l'engagement de garantie solidaire du vendeur et de l'acquéreur jusqu'au terme du contrat. En effet, conformément aux dispositions de l'article L. 313-8 du code monétaire et financier, *« en cas de cession de biens compris dans une opération de crédit-bail, et pendant la durée de l'opération, le cessionnaire est tenu aux mêmes obligations que le cédant qui en reste garant ».*

Le contrat de crédit-bail doit prévoir, à peine de nullité, les conditions dans lesquelles il pourra être résilié, le cas échéant à la demande du preneur[5].

Concrètement, pour un hôpital, ce montage consiste à ce qu'un établissement de crédit prenne en charge la responsabilité du financement et de la construction de l'ouvrage, dont il devient propriétaire, pour ensuite le louer à l'hôpital qui verse des loyers.

Il est important de souligner que le crédit-bail ne constitue pas une vente à crédit, notamment parce que le locataire ne devient pas nécessairement propriétaire au terme du contrat.

Ce n'est pas non plus un prêt d'argent : le crédit-preneur ne rembourse pas un prêt, mais paie des loyers.

Le crédit-bail immobilier n'est pas non plus une promesse unilatérale de vente, dans la mesure où celle-ci ne constitue qu'un élément de la technique juridique permettant de réaliser une opération globale.

À l'échéance du contrat de crédit-bail, le preneur bénéficie d'une option d'achat lui permettant d'acquérir la propriété de l'immeuble. Ainsi, le montant des loyers recouvre à la fois l'usage du bien et le prix d'acquisition par un système d'amortissement progressif. Autrement dit, le montant total des loyers (appelés aussi charges financières) couvre les capitaux investis à l'origine par la société de crédit-bail et les intérêts dus, au titre de l'opération. Une option d'achat fixe les conditions d'achat de l'immeuble par le crédit-preneur à la fin de la période de crédit-bail, pour un prix défini dès le départ (la valeur résiduelle).



Le contrat de crédit-bail immobilier est avantageux pour les deux parties : le crédit-preneur, qui bénéficie d'un financement intégral du bien immobilier sans pour autant qu'un endettement apparaisse à son budget, et le crédit-bailleur, qui est garanti contre toute défaillance du locataire, dans la mesure où il demeure propriétaire du bien durant toute la durée du contrat. Mais un hôpital peut-il y avoir recours sur son domaine public ?

II – Crédit-bail : un hôpital peut-il avoir recours à ce type de contrat pour financer un investissement immobilier ?

Dans une lettre, en date du 20 avril 1993[6], le ministère des affaires sociales, de la santé et de la ville précise que *« l'utilisation du crédit-bail ainsi que de toute autre clause de paiement différé est interdite en ce qui concerne les établissements publics de santé »*.

Cette interdiction est justifiée par le fait que le recours au crédit-bail n'est pas compatible avec les règles de la domanialité publique. En effet, le principe de l'inaliénabilité du domaine public et son corollaire, l'interdiction d'y constituer des droits réels au profit de tiers, rend impossible l'utilisation du crédit-bail immobilier.

Les biens affectés au service public et aménagés spécialement à cette fin font partie du domaine public et ne peuvent faire l'objet, même de façon temporaire, de quelque appropriation privée que ce soit. *« Leur financement ne peut donc, en l'état actuel du droit, être assuré selon la technique du crédit-bail qui implique que les biens ainsi financés demeurent jusqu'au terme du contrat, dans le patrimoine de l'organisme de crédit »*[7].

Certes, dans certains cas, la question se pose de savoir si les biens immobiliers relèvent de la domanialité publique avant le terme du contrat de crédit-bail, dans la mesure où ils ne font pas encore partie du domaine public de l'hôpital mais sont destinés à y entrer. Ne peuvent-ils pas être regardés comme propriété privée, ce qui permet d'exclure la domanialité publique et lève la difficulté ?

Cette interprétation a été rejetée par le Conseil d'État dans son avis du 30 mars 1989, considérant que si des dérogations sont possibles, elles doivent être expressément prévues par la loi. Ainsi, il aligne sa position sur celle de la Cour des comptes, selon laquelle, *« si le principe du crédit-bail est accepté, les conditions et les limites exactes de sa mise en œuvre doivent être clairement définies dans un texte de valeur juridique incontestable »*[8].

Par conséquent, seules des dispositions législatives spécifiques peuvent autoriser dans des cas précis le recours par une personne morale de droit public au crédit-bail pour le financement de certaines catégories de biens.

Le législateur a bien autorisé le recours au crédit-bail dans certains cas, mais les établissements publics de santé peuvent-ils bénéficier de ces dérogations ?

La loi a d'abord autorisé le recours au crédit-bail par les personnes morales de droit public pour financer des installations permettant d'économiser de l'énergie, crédit-bail financé par des sociétés agréées (SOFERGIE)[9].

L'article 87 de la loi de finances pour 1987 en date du 30 décembre 1986[10] a introduit une autre dérogation au principe de l'interdiction du crédit-bail : cette loi autorise les collectivités locales et leurs établissements publics à recourir au financement de leurs ouvrages par voie de crédit-bail, dès lors qu'ils sont utilisés pour une activité assujettie à la taxe sur la valeur ajoutée (TVA)[11].

Enfin, la loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'État[12] autorise l'occupant titulaire d'une autorisation constitutive de droits réels à recourir au crédit-bail. Il s'agit, en fait, de permettre aux personnes privées occupant le domaine public de financer des équipements « privés » (dans le sens où ils ne sont pas affectés à un service public et aménagés à cet effet ou affectés directement à l'usage du public).

Les possibilités de recours au crédit-bail énoncées par la loi peuvent intéresser les hôpitaux, mais de façon très marginale et pour des activités limitées. En outre, même lorsque le recours à la technique du crédit-bail est autorisé par la loi, elle n'est pas conseillée par la Cour des comptes qui a souligné *« le danger pour un établissement public local du recours au financement par crédit-bail »*[13]. Ce mode de financement, relevant à la fois du droit public et du droit privé, conduit à un effet de superposition rendant opaques les procédures utilisées.

En plus de son incompatibilité avec les règles applicables à la domanialité publique, la technique du crédit-bail s'accommode mal des principes de la comptabilité publique (interdiction des engagements pluriannuels, distinction entre dépenses de fonctionnement et dépenses d'investissement).

Si un hôpital décidait, malgré le principe d'interdiction, de recourir au crédit-bail, il devrait soumettre cette décision au conseil d'administration de l'établissement. En effet, même si le crédit-bail ne s'analyse pas juridiquement comme un investissement immobilier, il est économiquement un mode de financement de l'investissement immobilier et doit être considéré comme une acquisition d'immeubles particulière. À ce titre, une délibération du conseil d'administration de l'hôpital s'impose conformément aux dispositions du 11° de l'article L. 6143-1 du code de la santé publique.

Si l'établissement parvient à obtenir cette délibération, il revient en principe au représentant de l'État, dans le cadre de l'exercice du contrôle de légalité, de saisir le juge administratif d'un recours pour excès de pouvoir en vue de l'annulation de cette délibération[14].

Enfin, il est important de préciser, que ce service financier est soumis au code des marchés publics[15],

ce qui implique la mise en compétition des organismes de crédit-bail. Pour les seuils de passation ou de publication des marchés de crédit-bail, la totalité des redevances à verser pendant la durée globale du contrat constitue le montant à prendre en considération.

L'application du code des marchés publics impose aux établissements hospitaliers de mettre en concurrence différents établissements de crédit en vue de conclure un contrat de crédit-bail. En revanche, l'opération de construction qui sera conduite par le crédit-bailleur ne sera soumise ni au code des marchés publics ni à la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 sur la maîtrise d'ouvrage publique.

Conclusion

En l'état actuel du droit, le recours au crédit-bail sur le domaine public hospitalier, s'il est possible, est très limité. Une intervention législative s'impose pour étendre les cas dérogatoires de conclusion de tels contrats et permettre l'utilisation de cette technique pour financer les futures opérations immobilières des hôpitaux. ■

Notes...

(1) Voir Actualités JuriSanté n° 52.
(2) Article 1-2° de la loi n° 66-455 du 2 juillet 1966 relative aux entreprises pratiquant le crédit-bail.
(3) P. Malaurie, L. Aynes, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, éd. 1994-1995.
(4) Cass. Civ. 7 mai 1997, RJDA 1/98 n° 97.
(5) Article 1-2 al. 2 de la loi n° 66-455 du 2 juillet 1966 relative aux entreprises pratiquant le crédit-bail.
(6) Lettre du 20 avril 1993 du ministère des affaires sociales, de la santé et de la ville à propos de l'hôpital de Montmorillon.
(7) Avis n° 345.332 du Conseil d'État du 30 mars 1989 relatif au projet de TGV Sud-Est, *Les grands avis du Conseil d'État,* p. 303.
(8) Rapport public de la Cour des Comptes, 1987.
(9) Article 30 de la loi n° 80-531 du 15 juillet 1980 sur les économies d'énergie.
(10) Journal officiel du 31 décembre 1986, p. 15536.
(11) L'article 10 de la loi du 13 juillet 1992 sur les déchets a étendu cette possibilité aux ouvrages de récupération, transport, traitement, valorisation des déchets et effluents, même quand l'activité n'est pas assujettie à la TVA.
(12) Journal officiel du 26 juillet 1994, p. 10749.
(13) Rapport public de la Cour des Comptes, 1997.
(14) Cette position a été retenue par le ministère des affaires sociales, de la santé et de la ville dans une lettre datée du 20 avril 1993 précitée.
(15) Article 3° du code des marchés publics: *« (…) les contrats qui ont pour objet l'acquisition ou la location de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens, sauf s'ils comportent des clauses relatives au financement du prix ».* Ce dernier élément de phrase concerne notamment les contrats de crédit-bail.

La cession d'une dépendance du domaine public hospitalier ou comment aliéner un bien inaliénable ?

Sanaa Marzoug
Directeur d'hôpital, Consultante au Centre de droit JuriSanté

La réponse à cette question tient en une seule phrase : il est juridiquement impossible de céder un bien appartenant au domaine public hospitalier. Cela signifie-t-il pour autant qu'un hôpital ne peut absolument pas vendre les biens immobiliers dont il est propriétaire ? Non, bien évidemment, ce n'est pas cela : un établissement public de santé peut procéder à la cession dès lors que certaines conditions sont remplies et qu'une série de formalités ont été accomplies.

I – Le bien objet de la cession doit appartenir au domaine privé hospitalier

Les établissements publics de santé disposent d'un domaine public et d'un domaine privé. Un bien appartient au domaine privé dès lors qu'il ne fait pas partie du domaine public, qui comprend les dépendances affectées à l'usage direct du public au service public et spécialement aménagés à cette fin (article L. 2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques).

Cette distinction entre domaine public et domaine privé est d'importance, dans la mesure où seuls les biens du domaine privé des personnes publiques sont librement aliénables, alors que l'appartenance d'un bien au domaine public hospitalier soumet ce bien au principe d'inaliénabilité conformément aux dispositions de l'article L. 6148-1 du code de la santé publique.

Ainsi, un hôpital public ne peut mettre en vente un bien que s'il appartient à son domaine privé.

Si tel est le cas, il n'y a pas de difficulté. Si, en revanche, le bien constitue une dépendance du domaine public de l'établissement, celle-ci doit faire l'objet d'une désaffectation et d'un déclassement[1], afin de sortir de ce domaine public (article L. 2141-1 du code général de la propriété des personnes publiques).

La désaffectation se définit comme la situation de fait d'une dépendance du domaine, qui est abandonnée ou inutilisée, et perd dès lors son caractère d'affectation à l'usage du public ou au service public.

Cette désaffectation constitue une condition de légalité du déclassement, qui est l'acte administratif qui fait perdre à un bien son caractère de dépendance du domaine public. En effet, un bien qui continue à être affecté au besoin du service public et pour lequel il a été spécialement aménagé ne peut être légalement déclassé[2].

Ce principe comporte aujourd'hui une exception notable, selon laquelle *« le déclassement d'un bien affecté à un service public peut, afin d'améliorer les conditions d'exercice de ce service public, être prononcé en vue de permettre un échange avec un bien d'une personne privée ou relevant du domaine privé d'une personne publique »* (article L. 2141-3 du code général de la propriété des personnes publiques). Autrement dit un bien peut être déclassé, sans avoir été désaffecté, dans le cadre d'un échange.

Aucun texte spécifique ne prévoit la procédure applicable en matière de déclassement des biens appartenant au domaine public hospitalier. On applique alors le principe du parallélisme des formes et des compétences, qui conduit à affirmer que c'est le conseil d'administration de l'établissement qui est chargé de déclasser ces biens, dans la mesure où l'affectation des biens relève des pouvoirs du conseil d'administration conformément aux dispositions de l'article L. 6143-1-10° du code de la santé publique. Une fois le bien déclassé, il devient une dépendance du domaine privé de l'établissement public de santé, et le conseil d'administration peut décider de le mettre en vente.

II – L'avis du service des domaines est sollicité

En ce qui concerne la consultation du service des domaines préalablement à la cession d'immeubles par un hôpital public, il n'existe aucune règle clairement définie. En fait, on se réfère aux dispositions de l'article 11 de la loi n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public, même si les établissements publics de santé ne sont pas expressément visés par la loi. Il s'agit de respecter l'esprit de l'article L. 3211-14 du code général de la propriété des personnes publiques, selon lequel *« les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics cèdent leurs immeubles ou leurs droits réels immobiliers, dans les conditions fixées par le code général des collectivités territoriales »*. Les établissements publics de santé sont donc tenus d'appliquer les règles se rapportant aux collectivités locales.

Ainsi, bien qu'il n'y ait aucune obligation légale pour un établissement public de santé de recueillir l'avis des domaines avant d'aliéner un bien, le recours à cette procédure de consultation est fortement conseillé pour garantir les intérêts de la personne publique et éclairer la délibération du conseil d'administration.

Le service des domaines va émettre un avis. Il est à noter que cet avis est réputé donné en cas de silence pendant un délai d'un mois suivant la saisine du service des domaines.

L'hôpital est libre de se conformer ou non à cet avis, et ce dans la mesure où il s'agit d'un avis simple.

En effet, les personnes morales de droit public, y compris les établissements publics de santé, sont maîtresses de la gestion de leur patrimoine et peuvent à ce titre fixer librement le prix de vente de leurs biens.

Cette liberté est néanmoins encadrée, dès lors que les biens du domaine privé des personnes publiques doivent en principe être aliénés à un prix correspondant à leur valeur, comme cela a été rappelé à plusieurs reprises par le Conseil constitutionnel[3]. Cette évaluation doit se faire aux conditions du marché au moment de la mise en vente du bien.

Cette position de principe doit cependant être nuancée. En effet, la cession d'un bien à un prix ne correspondant pas aux conditions du marché est possible dès lors qu'elle est justifiée par des motifs d'intérêt général.

III – Le conseil d'administration autorise la cession du bien immobilier

Conformément aux dispositions de l'article L. 6143-1-10° du code de la santé publique, le conseil d'administration des établissements publics de santé est chargé de délibérer sur *« les acquisitions, aliénations, échanges d'immeubles et leur affectation, ainsi que les conditions des baux de plus de dix-huit ans ».*

Il est à noter que si le bien objet de la cession appartient au domaine public de l'établissement, la délibération relative à la vente doit être précédée d'une délibération du conseil d'administration portant sur le déclassement du bien.

Une fois la délibération du conseil d'administration adoptée, la vente est assurée et mise en œuvre par le directeur de l'hôpital.

IV – La cession du bien immobilier n'a pas être précédée d'une mise en concurrence

Les établissements publics de santé sont libres de recourir au procédé d'aliénation de leur choix. Ainsi, comme les collectivités locales, les hôpitaux peuvent choisir de vendre un bien à l'amiable, ou de recourir à l'adjudication (articles L. 2241-6 et L. 2241-7 du code général des collectivités territoriales). Le choix de l'acquéreur est donc libre et il n'y a pas d'obligation de mise en concurrence préalable.

V – L'acte de transfert de propriété est authentifié et publié au fichier immobilier

L'authentification et la publication au fichier immobilier sont des formalités substantielles à respecter pour procéder à la cession d'un bien.

En ce qui concerne l'authentification de l'acte de transfert de propriété, elle peut être établie soit en la forme administrative, soit par notaire. Les conditions de l'authentification en la forme administrative sont précisées par l'article 1311-13 du code général des collectivités territoriales selon lequel *« les maires, les présidents des conseils généraux et les présidents des conseils régionaux, les présidents des établissements publics rattachés à une collectivité territoriale ou regroupant ces collectivités et les présidents des syndicats mixtes sont habilités à recevoir et à authentifier, en vue de leur publication au bureau des hypothèques, les actes concernant les droits réels immobiliers ainsi que les baux, passés en la forme administrative par ces collectivités et établissements publics ».*

En outre, la cession des biens immobiliers des personnes publiques est soumise aux formalités de publicité foncière prévues par le décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière. Cette formalité est satisfaite par le dépôt chez le conservateur des hypothèques de deux copies certifiées conformes de l'acte authentifié constatant le transfert du bien. ■

Notes…

(1) Conseil constitutionnel, 18 septembre 1986, décision n° 86-217 DC, JO du 19 septembre 1986.
(2) TA Nice, 7 février 1997, Association régionale des œuvres éducatives et de vacances de l'Éducation Nationale de l'académie de Versailles, RFDA, 1997, p. 1182, conclusions A. Poujade.
(3) CC, 25-26 juin 1986, Rec. p. 61 ; CC, 18 septembre 1986, Rec. p. 141.



Le transfert de propriété d'une dépendance du domaine public entre deux établissements publics de santé : la quadrature du cercle résolue par le code général de la propriété des personnes publiques

Sanaa Marzoug
Directeur d'hôpital, Consultante au Centre de droit JuriSanté

Le transfert de biens immobiliers entre personnes publiques, notamment dans le domaine sanitaire, est une hypothèse régulièrement rencontrée. Ce transfert de propriété a longtemps soulevé des difficultés juridiques allant jusqu'à rendre ce type d'opération impossible, contraignant ainsi les personnes publiques à agir en marge de la légalité.

• Le transfert de propriété entre établissements publics de santé : la quadrature du cercle

« Les biens du domaine public des établissements publics de santé (…) sont inaliénables et imprescriptibles. » (article L. 6148-1 du code de la santé publique).

Ainsi, dès lors qu'un bien appartient au domaine public hospitalier, il ne peut pas être aliéné. Seul un déclassement permet d'envisager un transfert de propriété du bien considéré. Or le déclassement ne peut intervenir qu'après la désaffectation de la dépendance domaniale, dans la mesure où, en principe, un bien qui continue à être affecté au besoin du service public et pour lequel il a été spécialement aménagé ne peut être légalement déclassé[1].

Au regard de ces éléments, un bien qui ne perdrait pas son affectation publique ne pourrait être régulièrement déclassé et *a fortiori* aliéné. Autrement dit, un établissement public de santé ne pourrait pas transférer la propriété de locaux hospitaliers toujours affectés au service public, même à un autre hôpital public.

Pour faire face à cette difficulté juridique, la doctrine a construit une théorie spécifique au transfert de propriété entre personnes publiques : la théorie des mutations domaniales[2].

• Le transfert de propriété entre établissements publics de santé : la théorie des mutations domaniales

Selon cette théorie, les transferts de propriété de dépendances domaniales entre personnes publiques ne sont pas considérés comme des aliénations.

C'est pourquoi, il n'y a pas lieu de procéder à un déclassement, dans la mesure où celui-ci a été imposé par le juge pour faire respecter le principe d'inaliénabilité. Or, dans le cas d'un transfert de propriété entre personnes publiques, ce principe n'est pas menacé[3].

D'après les ouvrages de droit consacrés à la question[4], le transfert de propriété ne peut résulter que d'une loi[5], ou d'une convention conclue entre les deux personnes publiques intéressées.

Cette assertion est conforme au principe de l'autonomie de gestion des collectivités locales et de leurs établissements publics, notamment de santé, depuis la réforme de la décentralisation territoriale par la loi du 2 mars 1982.

En fait, jusqu'à la fin du XIXe siècle, l'État était autorisé à exproprier le domaine public des autres personnes publiques, en cas de refus d'une cession amiable[6].

Aujourd'hui au contraire, l'expropriation du domaine public est impossible comme le montrent des arrêts émanant à la fois du Conseil d'État et de la Cour de cassation[7]. Le recours à l'expropriation est interdit précisément parce que le domaine public est inaliénable.

Ainsi, une personne publique ne peut pas être contrainte à céder les biens incorporés dans son domaine public à une autre personne publique. Soit un accord amiable intervient, soit le transfert de propriété est imposé par le législateur[8].

Les exemples de transfert de propriété entre personnes publiques sont nombreux, notamment entre les collectivités locales et l'État. Ces cessions donnent lieu au paiement d'un prix.

La théorie des mutations domaniales a permis à des personnes publiques de transférer des dépendances domaniales à d'autres personnes publiques en s'affranchissant des règles de droit commun de désaffectation et de déclassement. Mais cette théorie, parce qu'elle ne repose sur aucun texte législatif ou réglementaire, conduisait à une insécurité juridique importante de l'opération de transfert de propriété, dans la mesure où celle-ci est contestable devant le juge.

• Le transfert de propriété entre établissements publics de santé : le juge imposait le déclassement même si le bien était destiné à être incorporé dans le domaine public d'une autre collectivité publique

Le juge administratif a considéré que les règles de désaffectation et de déclassement étaient appli-

cables, même si le transfert de propriété intervenait entre deux personnes publiques, et que le caractère public du bien et son intégrité n'étaient pas en danger.

En effet, dans une décision en date du 8 juillet 2004, la Cour administrative d'appel de Paris a implicitement rejeté la théorie des mutations domaniales en disposant que : *« en décidant, en l'absence de toute décision de déclassement préalable (…), de transférer la propriété de terrains appartenant à son domaine public à la région Ile-de-France, le syndicat mixte d'études, d'aménagement et de gestion de la base de plein air et de loisirs de Saint-Quentin-en-Yvelines a méconnu le principe d'inaliénabilité du domaine public, alors même que les biens ainsi transférés ne devaient connaître aucun changement d'affectation et que ce transfert de propriété s'est opéré entre deux personnes publiques »* (CAA Paris, Région Ile-de-France, 8 juillet 2004, LPA 2004 n° 32, p. 5).

Cette décision a signé le retour à l'impossibilité de transférer la propriété de dépendances du domaine public, dès lors qu'elles n'ont pas été déclassées, y compris lorsque la cession s'effectuait entre deux collectivités publiques.

C'est finalement la loi qui va mettre fin au débat entre doctrine et juge dans l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques (JO du 22 avril 2006).

• Le transfert de propriété entre établissements publics de santé : un cadre juridique fixe le code général de la propriété des personnes publiques

Les biens des établissements publics de santé relevant de leur domaine public peuvent être cédés à l'amiable, sans déclassement préalable, dès lors que certaines conditions énoncées par l'article L. 3112-1 du code général de la propriété des personnes publiques sont remplies :

– le bien considéré est acquis par l'État, une collectivité territoriale ou l'un de leurs établissements publics ;
– le bien est destiné à l'exercice des compétences de la personne publique acheteuse ;
– le bien est incorporé dans son domaine public. ■

Notes…

(1) TA Nice, 7 février 1997, Association régionale des œuvres éducatives et de vacances de l'Éducation Nationale de l'académie de Versailles, RFDA, 1997, p. 1182, conclusions A. Poujade.
(2) Les autres cas de la théorie des mutations domaniales correspondent au changement d'affectation résultant d'une décision de la personne publique propriétaire, et aux transferts de gestion prévus aux articles L. 35 et R. 58 du code du domaine de l'État.
(3) Voir sur cet aspect S. Duroy, *« La sortie des biens du domaine public : le déclassement »*, AJDA, 20 novembre 1997, p. 819 et s.
(4) Voir notamment : P. Godfrin, *Droit administratif des biens*, Armand Colin, 5e édition, p. 47 et s. ; C. Lavialle, *Droit administratif des biens*, Collection Droit Fondamental, PUF, 1996, p. 94 et s.
(5) Voir par exemple la loi du 16 avril 1930 qui a classé dans la voirie nationale des routes départementales ou la loi de finances pour 1972 qui a réalisé l'opération inverse.
(6) TC, 28 janvier 1899, Ville de Périgueux.
(7) Cour de cassation, 20 décembre 1897, Chemin de Fer d'Orléans ; CE, 16 juillet 1909, Ville de Paris c/Chemin de Fer d'Orléans.
(8) Voir par exemple le transfert de l'ancienne halle aux vins de Paris effectué au profit de l'État pour la construction de la Faculté des Sciences en vertu d'une ordonnance du 4 février 1959.

Le décret du 4 janvier 2006 relatif à l'hébergement des données de santé à caractère personnel Fiche de synthèse

Stéphanie Ségui-Saulnier,
Juriste, Consultante au Centre de droit JuriSanté du CNEH

I – La procédure d'agrément des hébergeurs de données de santé

1) Les conditions de délivrance de l'agrément

L'agrément est délivré, pour une durée de trois ans, par le ministre chargé de la santé, après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) et d'un comité d'agrément, sous réserve de remplir les conditions suivantes :

- offrir toutes les garanties pour l'exercice de l'activité d'hébergement,
- définir et mettre en œuvre une politique de confidentialité et de sécurité (respect des droits des usagers, dispositions pour garantir la sécurité des accès et des transmissions de données de santé, contrôle des droits d'accès et traçabilité des accès et des traitements, réception sécurisée des données et préservation de l'intégrité de celles-ci, surveillance des supports en vue d'anticiper les changements technologiques,…),
- identifier son représentant sur le territoire national,
- individualiser dans son organisation l'activité d'hébergement et les moyens qui lui sont dédiés, ainsi que la gestion des stocks et des flux de données,
- définir et mettre en place des dispositifs d'information sur l'activité d'hébergement à destination des professionnels et établissements de santé à l'origine du dépôt,
- identifier les personnes en charge de l'activité d'hébergement, dont un médecin, en précisant le lien contractuel qui les lie à l'hébergeur.

Les décisions d'agrément et de renouvellement de l'agrément sont publiées au Bulletin officiel du ministère de la santé.

2) Le retrait et la suspension de l'agrément

Le ministre chargé de la santé, lorsqu'il envisage de procéder au retrait d'un agrément, notifie à l'hébergeur concerné les motifs de son projet de retrait et l'appelle à formuler ses observations.

Le ministre chargé de la santé peut également, à titre conservatoire, prononcer la suspension de l'activité d'hébergement, en cas de divulgation non autorisée de données de santé à caractère personnel ou de manquements graves de l'hébergeur à ses obligations mettant en cause l'intégrité, la sécurité et la pérennité des données hébergées.

La décision de retrait est notifiée à l'hébergeur. Elle met fin de plein droit à l'hébergement des données confiées à l'hébergeur et entraîne la restitution de ces données aux personnes ayant contracté avec l'hébergeur.

Les décisions de suspension et de retrait sont publiées au Bulletin officiel du ministère de la santé. Elles sont transmises au comité d'agrément et à la CNIL.

II – Les modalités de transmission des informations médicales

Toute personne habilitée à accéder au dossier médical (le patient, les titulaires de l'autorité parentale, les ayants droit en cas de décès, le tuteur) peut consulter les éléments y figurant par voie électronique, dès lors que les dispositifs techniques de l'établissement de santé le permettent.

III – Les modalités de conservation des informations médicales

1) Le lieu de conservation des dossiers médicaux

Les dossiers médicaux sont soit conservés au sein des établissements de santé qui les ont constitués, soit déposés par ces établissements auprès d'un hébergeur agréé.

Il appartient au directeur de l'établissement de prendre les mesures pour assurer la garde et la confidentialité des informations ainsi conservées ou hébergées.

2) Les délais de conservation des dossiers médicaux

En principe, le dossier médical est conservé pendant une durée de vingt ans à compter de la date du dernier séjour du patient au sein de l'établissement ou à compter de la dernière consultation externe en son sein.

Par exception, la durée de conservation du dossier obéit à des règles spécifiques :

– Pour le mineur, lorsque la durée de conservation de son dossier médical s'achève avant son vingt-huitième anniversaire, la conservation est prorogée jusqu'à cette date.
– Pour le patient décédé, si la personne titulaire du dossier décède moins de dix ans après son dernier passage dans l'établissement, le dossier est conservé pendant une durée de dix ans à compter de la date du décès.
– Pour les recours gracieux ou contentieux tendant à mettre en cause la responsabilité médicale de l'établissement ou du professionnel de santé, les délais de conservation sont suspendus[1].

3) La procédure d'élimination des dossiers médicaux

À l'expiration du délai de conservation et après, le cas échéant, restitution à l'établissement des données ayant fait l'objet d'un hébergement, le dossier médical peut être éliminé.

La décision d'élimination est prise par le directeur de l'établissement, après avis du médecin responsable de l'information médicale. Dans les établissements publics de santé et les établissements de santé privés participant à l'exécution du service public hospitalier, cette élimination est en outre subordonnée au visa de l'administration des archives, qui détermine les dossiers dont elle entend assurer la conservation indéfinie pour des raisons d'intérêt scientifique, statistique ou historique.

4) Le délai de mise en œuvre du nouveau dispositif

Les établissements de santé disposent d'un délai de douze mois à compter de la publication du présent décret pour appliquer les nouveaux délais de conservation des dossiers médicaux. ■

Note...

(1) Arrêt du cours du délai de conservation des dossiers médicaux, sans anéantir rétroactivement le temps de conservation déjà accompli. À l'issue du recours gracieux ou contentieux, il sera tenu compte de la durée de conservation déjà écoulée pour calculer celle restant à courir.

Tableau récapitulatif des nouveaux délais de conservation des dossiers médicaux

CATÉGORIES DE DOSSIERS MÉDICAUX	SPÉCIFICITÉS	DÉLAI DE CONSERVATION DES DOSSIERS MÉDICAUX	POINT DE DÉPART DU DÉLAI DE CONSERVATION DES DOSSIERS MÉDICAUX
Dossiers de patients majeurs	Aucune *(Disparition de toute référence à la nature de la pathologie du patient)*	20 ans	Dernier passage dans l'établissement. *(Dernier séjour ou dernière consultation externe au sein de l'établissement)*
Dossiers de patients mineurs	➢ Mineurs âgés de moins de 8 ans lors du dernier passage dans l'établissement	Conservation jusqu'au 28e anniversaire du patient	Non applicable
	➢ Mineurs âgés de plus de 8 ans lors du dernier passage dans l'établissement	20 ans	Dernier passage dans l'établissement
Dossiers de patients décédés	➢ Décès moins de 10 ans après le dernier passage dans l'établissement	10 ans	Décès
	➢ Décès plus de 10 ans après le dernier passage dans l'établissement	20 ans	Dernier passage dans l'établissement
Dossiers de patients pour lesquels il existe un recours gracieux ou contentieux tendant à mettre en cause la responsabilité médicale	Suspension des délais de conservation pendant la procédure gracieuse ou contentieuse	Cf. délais précédemment mentionnés pour les différentes situations	Reprise des délais de conservation à l'issue de la procédure gracieuse ou contentieuse



Tableau comparatif de l'arrêté du 11 mars 1968 portant règlement des archives hospitalières et du décret du 4 janvier 2006 relatif à l'hébergement des données de santé

	Arrêté du 11 mars 1968	Décret du 4 janvier 2006
Champ d'application des textes	➢ Établissements publics de santé. ➢ Établissements privés qui participent au service public hospitalier (PSPH).	➢ Établissements publics de santé. ➢ Établissements privés PSPH. ➢ Établissements privés à but lucratif.
Lieu de conservation des dossiers médicaux	Siège de l'établissement de santé.	➢ Conservation au sein de l'établissement de santé. ➢ Dépôt auprès d'un hébergeur agréé.
Délai de conservation des dossiers médicaux	Délais différents selon la nature de la pathologie ➢ Conservation indéfinie : dossiers d'affections de nature héréditaire susceptibles d'avoir des répercussions pathologiques ou traumatiques sur la descendance. ➢ 70 ans : dossiers de pédiatrie, de neurologie, de stomatologie et de maladies chroniques. ➢ 20 ans : autres dossiers.	Principe : délai unique de conservation quelle que soit la pathologie : 20 ans Exceptions : ➢ Jusqu'au 28e anniversaire du patient pour les dossiers des mineurs âgés de moins de 8 ans lors du dernier passage dans l'établissement. ➢ 10 ans pour les dossiers de patients décédés moins de 10 ans à compter du dernier passage dans l'établissement.
Procédure d'élimination du dossier	Décision d'élimination prise par le directeur de l'établissement de santé à l'issue des délais réglementaires de conservation et approuvée par le préfet sur l'avis du directeur des services d'archives du département.	Décision d'élimination prise par le directeur de l'établissement de santé après avis du médecin responsable de l'information médicale *et* visa de l'administration des archives pour les établissements publics de santé et les établissements privés PSPH.

Les nouvelles règles d'archivage du dossier médical : entre clair et obscur

Stéphanie Ségui-Saulnier,
Juriste, Consultante au Centre de droit JuriSanté du CNEH

Introduction

Le décret n° 2006-6 du 4 janvier 2006 relatif à l'hébergement de données de santé à caractère personnel et modifiant le code de la santé publique (dispositions réglementaires) était attendu depuis fort longtemps…

Ce texte vient en application de l'article L. 1111-8 du code de la santé publique reconnaissant la possibilité pour les professionnels de santé et les établissements de santé de déposer les données de santé à caractère personnel, recueillies ou produites à l'occasion des activités de prévention, de diagnostic ou de soins auprès de personnes physiques ou morales agréées à cet effet. S'il a précisé la procédure d'agrément des hébergeurs de données (art. R. 1111-9 et s. du code de la santé publique), les modalités de transmission des informations médicales (art. R. 1111-2 du code de la santé publique) ainsi que la conservation des informations médicales (art. R. 1112-7 du code de la santé publique), il génère surtout, dans sa mise en œuvre, de nombreuses interrogations de la part des établissements de santé.

En apparence et de par leur intitulé, les nouvelles dispositions semblent uniquement s'intéresser à l'hébergement des données de santé. Mais, elles vont au-delà en réformant en profondeur l'organisation bien établie des archives hospitalières prévue jusqu'alors par l'arrêté du 11 mars 1968[1]. Elles mettent en réalité en place un nouveau régime de conservation des données médicales. Quelle est donc la portée exacte de ces nouvelles dispositions ? Quelles en sont les incidences sur les pratiques ?

Voici quelques questions qu'il convient d'examiner…

A) L'hébergeur peut-il aussi bien conserver des informations concernant la santé des patients sous forme de papier, numérisées ou informatisées ?

L'article R. 1112-7 du code de la santé publique énonce :

« Les informations concernant la santé des patients sont soit conservées au sein des établissements de santé qui les ont constituées, soit déposées par ces établissements auprès d'un hébergeur agréé en application des dispositions de l'article L. 1111-8 du code de la santé publique (…) ».

Il existe désormais deux modes de conservation du dossier du patient ; cette conservation est assurée soit par l'établissement de santé lui-même dans ses locaux, soit par un hébergeur de données de santé agréé. Si les textes posent le principe de la possibilité de recourir à un hébergement, ils ne procèdent pas à une définition claire des domaines concernés par une telle prestation. En particulier, ils ne mentionnent pas expressément si l'hébergement concerne exclusivement les dossiers électroniques ou s'il s'applique aussi aux dossiers sous forme papier.

Pour autant, différents éléments mettent en évidence que l'hébergement a seulement pour objet la conservation des données numériques ou informatiques :

- Les articles L. 1111-8 et R. 1111-9 et s. du code de la santé publique ne reprennent pas les expressions génériques de dépôt *« des informations concernant la santé d'une personne[2] »* ou de dépôt du *« dossier médical du patient hospitalisé[3] »* mais utilisent une notion nouvelle plus spécifique, à savoir celle de dépôt des données de santé à caractère personnel. Cette notion renvoie d'ailleurs à une forme particulière de support des informations médicales, en l'occurrence le support informatique. Il est en effet important de rappeler que la notion de données à caractère personnel a été définie par l'article 2 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

  Par ailleurs, on retrouve dans l'ensemble de ces dispositions le vocabulaire caractéristique du secteur informatique[4] et, notamment, celui qui concerne les précautions à prendre lorsque le dossier patient est sous forme électronique.
- L'article L. 1111-8 du code de la santé publique renvoie à différents éléments de contenu de la loi précitée du 6 janvier 1978, notamment :
  - les traitements des données de santé à caractère personnel que nécessite l'hébergement doivent être réalisés dans le respect de cette loi,
  - les dispositions d'application qui devaient intervenir, à savoir les articles R. 1111-9 et s. du code de la santé publique, établissent les informations qui doivent être fournies à l'appui de la demande d'agrément et les dispositions prises pour garantir la sécurité des données traitées en application de l'article 34 de cette même loi, en particulier les mécanismes de contrôle et de sécurité dans le domaine informatique ainsi que les procédures de contrôle interne[5].



- l'hébergement des données ne peut avoir lieu qu'avec le consentement exprès de la personne concernée[6].

– L'article R. 1111-10 du code de la santé publique pose le principe selon lequel l'agrément est délivré par le ministre chargé de la santé, après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) et d'un comité d'agrément. Ces deux instances sont compétentes dans le domaine de l'informatique.

C'est ainsi que la CNIL a d'ores et déjà rédigé un document relatif à la nouvelle procédure d'agrément des hébergeurs de données de santé à caractère personnel[7]. Elle y précise que la prestation de l'hébergeur ne se limite pas à une simple sauvegarde de données. Elle définit les applications possibles des nouvelles dispositions sur l'hébergement. Celles-ci sont bien évidemment en lien étroit avec les nouvelles technologies et ne concernent pas le dossier papier :

« – les futures expérimentations sur le dossier médical personnel dont sera titulaire chaque bénéficiaire de l'assurance maladie. La loi prévoit en effet que chaque DMP sera créé auprès d'hébergeurs préalablement agréés ;
– les réseaux de soins dès lors que ceux-ci font héberger leurs données de santé ;
– les sites ouverts au public qui hébergent les données de santé des patients qui s'y connectent ;
– l'archivage externe des dossiers médicaux des établissements de soins. »

Quant au comité d'agrément, son secrétariat est assuré par la Mission pour l'informatisation du système de santé du Ministère de la Santé et des Solidarités[8] (14, avenue Duquesne, 75007 Paris).

– Les dispositions sur l'hébergement des données ne figuraient pas dans le projet de loi initial de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Elles ont été intégrées lors de la première lecture au Sénat. Elles répondaient au souci de protection des individus contre les nouvelles technologies émergeant dans le domaine de la santé.

Le ministre délégué à la santé Bernard Kouchner avait alors souligné les enjeux en cause :

« (…) Il convient d'encadrer cette activité d'hébergeur de données de santé qui se développe aujourd'hui dans des conditions peu satisfaisantes. Certains sites de santé proposent un service de gestion en ligne de leur dossier médical n'offrant strictement aucune garantie à l'internaute. En France, les services du ministère de la santé ont constaté l'existence de sites hébergeant des dossiers de patients – jusqu'à 23 000 dossiers pour l'un d'entre eux – le tout sans aucun encadrement. Par ailleurs, aux États-Unis où cette pratique est largement répandue – mais cela pourrait aussi arriver chez nous de la même manière –, une personne voulant se renseigner sur sa pathologie sur Internet a retrouvé son dossier complet non "anonymisé" avec tous les clichés et tous les commentaires de ses médecins, le tout livré à la curiosité des internautes. »[9]

En conclusion, la prestation d'hébergement n'a pas vocation à s'appliquer aux dossiers médicaux existant sous une forme papier.

Il reste à souligner que cette exclusion du champ de l'hébergement des dossiers papier paraît étonnante, dans la mesure où les textes autorisent un prestataire extérieur à assurer la conservation des dossiers médicaux lorsqu'ils sont sous une forme numérique et lui interdisent cette même conservation lorsqu'ils existent sous une forme papier. Enfin, il convient de rappeler que cette conservation est licite pour des données informatiques dites sensibles au regard des droits de la personne et par rapport à des nouvelles technologies qui n'offrent pas toujours des garanties de sécurité suffisantes à long terme, ce qui semble là aussi assez surprenant.

À ce jour, nombre d'établissements externalisent l'archivage de leurs dossiers médicaux papier, ne pouvant disposer de place suffisante. Il convient alors, s'il en est décidé ainsi, d'être prudent et de passer un marché parfaitement adapté. Les règles exposées à propos de l'hébergeur peuvent alors être appliquées.

B) Les nouvelles règles d'archivage s'appliquent-elles à la conservation de toutes les informations de santé qu'elles soient numériques ou sous forme papier ?

L'article R. 1112-7 du code de la santé publique dispose :

« Les informations concernant la santé des patients sont soit conservées au sein des établissements de santé qui les ont constituées, soit déposées par ces établissements auprès d'un hébergeur agréé en application des dispositions à l'article L. 1111-8.

Le directeur veille à ce que toutes les dispositions soient prises pour assurer la garde et la confidentialité des informations ainsi conservées ou hébergées (…). »

Sont ensuite énoncés les nouveaux délais de conservation des données médicales et la procédure qu'il convient de respecter pour éliminer les dossiers médicaux à l'issue de la durée minimale de conservation, en particulier, lorsque ceux-ci sont hébergés.

Entrent donc dans le champ d'application des nouvelles règles d'archivage tous les dossiers médicaux qu'ils soient sous forme papier ou sous forme électronique. Il existe bien un régime juridique unique qui n'est pas sans soulever un certain nombre de difficultés qui restent pour beaucoup d'entre elles sans réponse à ce jour, notamment :

– Selon quelles modalités pratiques le dossier médical électronique hébergé sera-t-il rapatrié auprès de l'établissement de santé à l'expiration des délais de conservation ? Surtout, le serveur informatique de l'hôpital sera-t-il en mesure de l'accueillir ? Comment ce dossier sera-t-il éliminé ? Quelles règles précises appliquer pour assurer un effacement définitif des données ?

– Les nouvelles technologies permettent-elles vraiment aujourd'hui de garantir une conservation pérenne des données pendant 20 ans, voire 28 ans parfois pour les mineurs ? Faut-il dès lors prévoir en plus une copie sur un double papier et quel est dans ce cas l'intérêt d'un hébergement ?

C) Les nouveaux délais de conservation imposent-ils une destruction immédiate des dossiers médicaux à l'expiration des délais ou est-il possible pour l'hôpital de garder les dossiers au-delà de la durée minimum de conservation ?

L'article R. 1112-7 du code de la santé publique prévoit qu'à l'issue du délai de conservation et le cas échéant, après restitution à l'établissement des données ayant fait l'objet d'un hébergement, le dossier médical peut être éliminé. La décision d'élimination est prise par le directeur de l'établissement après avis du médecin responsable de l'information médicale. Dans les établissements publics de santé et les établissements de santé privés participant à l'exécution du service public hospitalier, cette élimination est en outre subordonnée au visa de l'administration des archives, qui détermine ceux de ces dossiers dont elle entend assurer la conservation indéfinie pour des raisons scientifique, statistique ou historique.

La décision d'éliminer les dossiers médicaux au terme des délais de conservation est aujourd'hui une prérogative du directeur de l'hôpital. Celle-ci s'exerce en étroite collaboration avec le médecin chargé de l'information médicale (DIM), lequel est préalablement sollicité pour rendre un avis sur la pertinence ou non de procéder à l'élimination des données.

Il est certain que les nouveaux délais sont des délais minimum de conservation. Rien n'interdit une conservation des données médicales à l'expiration de la durée habituelle. Ainsi, la prudence recommande au-delà de l'intervention du médecin DIM de rechercher, dans la mesure du possible, le consensus de la communauté médicale autour des délais de conservation des dossiers médicaux selon la nature de la pathologie. Il est presque évident que certains documents médicaux, dont ceux concernant des affections de nature héréditaire, mériteront une attention particulière et une conservation plus longue que d'autres.

Par conséquent, le nouveau cadre juridique laisse une très grande souplesse dans la gestion de la garde des données médicales et assure la prise en considération de la spécificité de chacune des prises en charge hospitalière.

D) Les nouveaux délais de conservation concernent-ils uniquement le dossier du patient hospitalisé ou visent-ils également celui des consultations externes ?

L'article R. 1112-2 du code de la santé publique détermine le contenu minimum du dossier médical du patient hospitalisé :

« Un dossier médical est constitué pour chaque patient hospitalisé dans un établissement de santé public ou privé. Ce dossier contient les éléments suivants, ainsi classés :
1° Les informations formalisées recueillies lors des consultations externes dispensées dans l'établissement, lors de l'accueil au service des urgences ou au moment de l'admission et au cours du séjour hospitalier, (...) ».

La définition du contenu du dossier médical concerne le dossier du patient hospitalisé dans un établissement de santé. Aucun texte particulier ne s'applique aux consultations externes et n'impose dans cette hypothèse l'ouverture d'un dossier.

Dès lors, l'établissement a-t-il la possibilité de ne pas constituer de dossier lorsque le patient est simplement suivi en consultation externe ? Il s'agit là d'une question délicate à laquelle il n'existe aucune réponse certaine à ce jour.

Pour autant, la prudence recommande sans doute de rassembler les informations concernant le suivi sanitaire, y compris en l'absence d'hospitalisation, sous la forme d'un document ou d'une pochette unique équivalente à un dossier médical. Les informations rassemblées, au cours des consultations externes, sont en effet des éléments devant impérativement figurer dans le dossier médical lorsque celui-ci est constitué pour une hospitalisation. De plus, les établissements et les professionnels de santé doivent être en mesure d'informer les patients sur les soins proposés et de leur fournir les renseignements sur leur état de santé.

Les dispositions relatives aux nouveaux délais de conservation restent également assez ambiguës sur les obligations de garde des documents élaborés dans le cadre des consultations externes. L'article R. 1112-7 du code de la santé publique retient comme point de départ du délai de conservation des dossiers médicaux des patients majeurs non décédés le dernier passage dans l'établissement en l'occurrence soit la date du dernier séjour dans l'établissement, soit la date de la dernière consultation externe en son sein. Faut-il comprendre ici la consultation externe en lien avec une hospitalisation antérieure ou toute consultation externe résultant d'un passage entièrement ponctuel ?

Face au doute quant à l'interprétation à donner aux textes, il convient bien évidemment de s'entourer des précautions les plus grandes et d'inciter les établissements à établir un dossier lors de la première rencontre d'un patient alors même que ce dernier est uniquement suivi dans le cadre de consultations externes. Il paraît par conséquent préférable de conserver le dossier selon les mêmes modalités et pendant la même durée que les dossiers des personnes hospitalisées.

E) Les nouvelles dispositions sont-elles « rétroactives » ou ne s'appliquent-elles que pour les dossiers créés à partir de 2007 ?

L'article 2 III du décret n° 2006-6 du 4 janvier 2006 précité énonce :

« Le délai de conservation des dossiers médicaux fixé à l'article R. 1112-7 du code de la santé



publique s'appliquera à l'issue d'un délai de douze mois suivant la publication du présent décret. »

Les nouveaux délais de conservation des dossiers médicaux prendront effet à compter du 5 janvier 2007. En l'absence de précision particulière, ils s'appliqueront à la conservation de tous les documents médicaux c'est-à-dire ceux constitués antérieurement comme ceux créés postérieurement à cette date. En conséquence, ils ne concernent pas seulement les dossiers ouverts à partir du 5 janvier 2007.

Conclusion

On ne peut que regretter l'absence de clarté de ce nouveau texte qui n'a fait que multiplier les inquiétudes des hospitaliers quant aux nouvelles procédures de conservation des dossiers médicaux à mettre en place.

Les doutes sont d'autant plus importants que l'arrêté du 11 mars 1968 précité avait une portée générale qui englobait jusqu'alors non seulement les documents médicaux mais toutes les données en lien avec le fonctionnement de l'hôpital (le personnel, l'administration générale, le financement, les travaux,…). Par ailleurs, il définissait dans le détail les règles d'organisation des archives (sécurité, locaux, personnel,…) que l'on ne retrouve pas dans le décret du 4 janvier 2006.

L'arrêté du 11 mars 1968 est-il aujourd'hui abrogé ? On remarquera l'absence d'abrogation expresse de ce texte. Pour autant, l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions aura pour effet d'abroger de manière tacite les règles de conservation jusqu'alors appliquées aux dossiers médicaux. Pour le reste, la prudence recommande de continuer à respecter l'arrêté précité pour toutes les autres catégories de documents hospitaliers.

Dès lors, on ne peut qu'attendre avec impatience des précisions complémentaires. Reste à savoir quand et comment… ■

Notes…

(1) Cf. arrêté du 11 mars 1968 portant règlement des archives hospitalières.
(2) Cf. art. L. 1111-7 du code de la santé publique sur l'accès au dossier médical.
(3) Cf. art. R. 1112-2 du code de la santé publique sur la composition du dossier médical.
(4) À titre d'exemples :
– Art. L. 1111-8 du code de la santé publique : *« (…) les mécanismes de contrôle et de sécurité dans le domaine informatique »*
– Art. R. 1111-9 du code de la santé publique : *« protection contre les accès non autorisés ainsi que la pérennité des données », « la gestion des stocks et des flux de données »,…*
– Art. R. 1111-14 du code de la santé publique : *« la **sécurité des accès** et **des transmissions des données de santé** à caractère personnel », « les mesures prises en matière de **contrôle des droits d'accès et de traçabilité des accès et des traitements** », « les conditions de **vérification du contenu des traces des accès et des traitements** afin de détecter les **tentatives d'effraction ou d'accès non autorisés** », « les procédés techniques en matière **d'identification et d'authentification** », « **la réception sécurisée des données et l'intégrité de celles-ci, leur prise en compte dans le système d'information de l'hébergeur** », « les modalités de surveillance des supports en vue d'anticiper les **changements technologiques** et, le cas échéant, d'opérer **des migrations de supports dans des conditions en garantissant la traçabilité** », « les procédures liées à la **réplication des données sur différents supports informatiques en des lieux distincts** », « les conditions de mise en œuvre d'une alerte concernant **les formats d'encodage des données**, destinée à avertir la personne à l'origine du dépôt en **cas d'obsolescence de ce format** et, éventuellement, les procédures visant à réaliser, avec l'autorisation de la personne à l'origine du dépôt, des **migrations de formats des données, si ces derniers ne permettent plus d'assurer la lisibilité des informations et à assurer la traçabilité de ces migrations** », « **les spécifications techniques des logiciels et des mécanismes de sécurité** propres à garantir la confidentialité des transmissions, notamment en ce qui concerne le **mode de chiffrement des flux d'information** », « les conditions de mise en œuvre de la **sécurité physique des sites informatiques**, des mesures de protection de l'infrastructure technique, notamment en termes de **sécurité des réseaux, des serveurs** et **des postes de travail** »,…*
(5) L'article 34 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 dispose :
« Le responsable du traitement est tenu de prendre toutes précautions utiles, au regard de la nature des données et des risques présentés par le traitement, pour préserver la sécurité des données et, notamment, empêcher qu'elles soient déformées, endommagées, ou que des tiers non autorisés y aient accès (…). »
(6) Cf. art. 7 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978.
(7) Cf. site de la CNIL : www.cnil.fr
(8) La mission pour l'informatisation du système de santé a été créée en 1997 pour coordonner les divers projets techniques engagés dans ce domaine, et en particulier : la carte de professionnel de santé (CPS, la carte d'assuré social vitale 1 et vitale 2), le réseau santé-social, l'informatisation du poste de travail des praticiens.
(9) Cf. séance du 31 janvier 2002.

FLASH ACTUALITÉS
Dernière minute

La nouvelle Charte du patient hospitalisé est arrivée ! (1)

Elle annule et remplace la précédente charte issue de la circulaire DGS/DH n° 95-22 du 6 mai 1995 parue au BO MASSV 95/21.

Suite à la promulgation de la loi du 4 mars 2002, cette mise à jour de la charte des droits du patient hospitalisé de 1995 était attendue depuis longtemps. Alors que dès le 3 mars 2002 quelques simples changements suffisaient à rendre cohérente la charte de 1995 avec les nouvelles dispositions.

En fait, sans doute a-t-on préféré, en haut lieu, attendre que les divers projets de textes se succédant soient promulgués eux aussi, pour opérer cette réécriture totale.

Elle n'est pas à ce jour publiée mais chacun devra se la procurer sur le site du Ministère de la Santé et des Solidarités : www.sante.gouv.fr

Chacun devra en faire la publicité nécessaire.

On notera que son résumé est traduit en plusieurs langues et que l'intégralité du texte est disponible en anglais et en braille téléchargeable à partir du site !

Le prochain numéro de la revue Actualité Jurisanté lui sera consacré.

(1) Circulaire DHOS/E1/DGS/SD1C/SD4A/2006/90 du 2 mars 2006 relative aux droits des personnes hospitalisées et comportant une charte du patient hospitalisé. – ***Actuellement non publiée mais disponible sur le site du Ministère de la Santé et des Solidarités (www.sante.gouv.fr).***



Non-rétroactivité du dispositif « anti-Perruche » : le juge pris en étau entre jurisprudence européenne et loi française

Brigitte de Lard,
Juriste, Expert auprès du Centre de droit JuriSanté du CNEH

Article publié dans Gestions Hospitalières, n° 454 de mars 2006, p. 226

Il en est de certaines controverses juridiques comme des feuilletons télévisés : inextricables et interminables !

La réparation de la naissance handicapée consécutive à une erreur de diagnostic n'en finit pas de faire parler d'elle et d'inquiéter les acteurs de santé et leurs assureurs : insécurité jurisprudentielle des régimes de responsabilité médicale, arrêt provocateur de débats en terme d'indemnisation du préjudice, solution légale d'urgence pour freiner une évolution mal maîtrisée…

Une décision de justice contrée par une loi…

En 2000, la Cour de cassation avait adopté une solution retentissante en matière de responsabilité médicale : l'erreur médicale de diagnostic prénatal, outre le préjudice des parents, peut également engager la responsabilité du médecin à l'égard de l'enfant : *« dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme X... avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues »*[1].

La loi 2002-303 du 4 mars 2002 était intervenue à la suite de cette décision dite « arrêt Perruche »[2] pour restreindre l'indemnisation au seul préjudice des parents :

« Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance.

La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer.

Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale ».

La loi du 4 mars 2002 a répondu à l'appel du juge, dont on peut aisément supposer qu'il a, par une décision provocatrice, implicitement invité le législateur à prendre position sur la question du préjudice de l'enfant né handicapé. L'objectif de la loi était clairement de freiner l'augmentation des contentieux et d'apporter des alternatives à la prise en charge du handicap[3].

Dans cette perspective, la loi avait ajouté que ces dispositions sont applicables aux instances en cours, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation. Le texte posait ainsi une dimension rétroactive de la solution retenue, tout au moins rétroactive aux instances en cours.

Toutes les familles ayant engagé, au nom de leur enfant handicapé, la responsabilité d'un médecin devant le juge pour erreur de diagnostic prénatal, et pour lesquelles une instance est en cours, se sont donc vu fermer la porte entrouverte par la décision Perruche.

…loi elle-même contrée à son tour par une décision de justice

Ce fut notamment le cas de deux requérants, décidés à obtenir indemnisation au nom de leur enfant, et qui ont porté la décision judiciaire française appliquant le principe légal de rétroactivité du refus d'indemnisation devant la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour a, dans deux décisions du 6 octobre 2005, fait droit à leurs demandes, considérant que la rétroactivité de l'article 1er de la loi du 4 mars 2002 faisait obstacle à leur possible indemnisation et violait à ce titre l'article 1er du protocole n° 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme[4].

La Cour de cassation, poings liés, ne peut que prendre acte de la solution européenne. Elle avait alors à trancher dans trois affaires mettant en présence d'une part des acteurs de santé (professionnels libéraux ou établissements) fautifs, et d'autre part, des patientes ou parents d'un enfant né handicapé qu'une erreur de diagnostic médical avait privés de la possibilité de recours à une interrup-



tion thérapeutique de grossesse. En vertu de la loi du 4 mars 2002, les demandes d'indemnisation au nom de l'enfant auraient dû se heurter à l'application rétroactive du refus d'indemnisation de l'enfant du seul fait de sa naissance. Pour autant, dans trois arrêts du 24 janvier 2006, la Cour énonce que : *« si une personne peut être privée d'un droit de créance en responsabilité, c'est à la condition, selon l'article 1er du protocole n° 1 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que soit respecté le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du respect du droit aux biens ; tel n'est pas le cas en l'espèce, dès lors que la loi, en prohibant l'action de l'enfant et en excluant du préjudice de ses parents les charges particulières découlant du handicap de l'enfant tout au long de sa vie, a institué un mécanisme de compensation forfaitaire du handicap, sans rapport avec une créance de réparation intégrale, quand [les parents] pouvaient, en l'état de la jurisprudence applicable avant l'entrée en vigueur de la loi, légitimement espérer que [leur enfant] serait indemnisé au titre du préjudice résultant de son handicap »…*[5]

De manière explicite, et sous l'influence palpable de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation affiche donc un clair désaveu du principe légal de rétroactivité. Précisons que la condamnation du principe de rétroactivité ne porte aucunement atteinte à l'applicabilité de la règle à tous les litiges nés après le 5 mars 2002 (date de publication de la loi).

Cette solution, outre qu'elle relance le débat sur l'indemnisation de l'enfant handicapé, objet de vives controverses à l'époque de l'adoption de la loi, vient à nouveau perturber le secteur de l'assurance de responsabilité médicale, qui peine déjà à trouver une stabilité, en particulier dans le domaine de la gynécologie obstétrique[6]. La levée de boucliers ne s'est pas fait attendre, s'agissant d'une décision dont la portée reste d'ailleurs judiciairement limitée dans le temps à un nombre relativement restreint de contentieux potentiels.

Certes, le principe de la loi n'est pas remis en cause, et seuls sont concernés les litiges donnant lieu à un contentieux en cours. Le principe posé par la loi garde donc toute sa force pour :

– toutes les naissances intervenues après l'entrée en vigueur de la loi,
– tous les contentieux engagés après cette date.

Toutefois, les enjeux financiers soulevés par cette solution sont conséquents et devront conduire les assureurs à revoir leur copie dans les affaires en cours et pour lesquelles ils se croyaient à l'abri d'une prise en charge du préjudice de l'enfant.

Aussi est-il nécessaire d'analyser la portée juridique de ces décisions qui amènent à s'interroger sur les différentes influences subies par le dispositif d'indemnisation du handicap consécutivement à une faute de diagnostic : aussi bien l'influence de la pratique prétorienne européenne sur le droit français (I) que celle de la jurisprudence interne sur la loi (II), et des conséquences qu'elle entraîne avec elle, notamment du point de vue de la sécurité juridique pour les acteurs de santé.

I – La rétroactivité du dispositif « anti-Perruche » : Une loi désavouée par le juge européen des droits de l'homme

Le camouflet est sévère pour la loi du 4 mars 2002 : en refusant de donner rétroactivité au refus d'indemnisation du préjudice lié à la naissance, le juge européen dénie au législateur français la possibilité de limiter la portée de l'indemnisation.

Certes, c'est une décision du Conseil d'État qui a été mise à mal par le juge européen. Mais la sanction se répercute également en droit interne sur la jurisprudence de la Cour de cassation. Dans un communiqué, la Cour de cassation indique que, *« tirant les conséquences des deux arrêts de la Cour européenne, dont la méconnaissance exposerait la France à de nouvelles condamnations, la Cour de cassation, à laquelle était soumise la même question juridique, a jugé de façon identique que l'article 1er-I de la loi du 4 mars 2002 méconnaissait (…) la convention européenne… »*[7].

Même si cette formulation n'apparaît pas dans les arrêts, la Cour de cassation semble s'être pliée de mauvaise grâce à la solution européenne qui s'imposait à elle. D'ailleurs, la décision a été rendue sur les conclusions non-conformes de l'avocat général, M. Jerry Sainte-Rose.

L'essentiel réside dans la motivation juridique de l'arrêt, qui s'appuie ouvertement sur des arguments développés par le juge européen, assez inhabituels devant nos juridictions. Le raisonnement de la Cour de cassation, reprenant celui du juge européen est le suivant : en l'état de la jurisprudence Perruche, l'enfant disposait d'un droit de créance en réparation ; on ne peut être privé d'un tel droit qu'à la condition de respecter le juste équilibre entre intérêt général et sauvegarde du respect du droit aux biens. Or, la loi, en prohibant l'action de l'enfant de manière rétroactive, a privé celui-ci de l'espérance légitime d'une indemnisation du préjudice résultant de son handicap. Ce faisant, le juge recourt à deux notions : le droit de créance constitué par la droit à indemnité découlant d'une action en responsabilité, et la notion d'espérance légitime à être indemnisé.



L'incertaine notion de droit de créance en réparation d'une action en responsabilité

En l'espèce, le droit de créance serait constitué par la possibilité pour les parents de l'enfant handicapé d'attendre, eu égard à la jurisprudence Perruche, une indemnisation au profit de celui-ci au titre de son handicap. Au vu du droit applicable avant la loi du 4 mars 2002, les parents étaient en droit d'attendre la mise en jeu de la responsabilité des acteurs de santé, au nom de leur enfant.

À la notion de droit de créance, les ouvrages généraux de droit répondent par le droit d'exiger d'une personne l'exécution d'une obligation ou la remise d'une somme d'argent. Or, parmi les conditions de validité d'une créance se trouve le caractère certain, c'est-à-dire avéré, incontestable, stable. Comment considérer que l'application d'une solution jurisprudentielle puisse constituer une créance certaine, dès lors que la jurisprudence n'est pas, en tant que telle, une source de droit offrant une sécurité juridique aux justiciables ? Cette notion n'est pas retenue telle quelle en droit interne, et ne doit son apparition dans l'arrêt qu'à la solution dégagée par la Cour européenne. Selon cette dernière, la convention, en protégeant la propriété et le droit au respect des biens, vise non seulement les biens actuels mais aussi les « valeurs patrimoniales », y compris les créances. Toujours selon la Cour, pour qu'une créance puisse être considérée comme une « valeur patrimoniale » tombant sous le coup de la convention, il faut *« démontrer que celle-ci a une base suffisante en droit interne, par exemple qu'elle est confirmée par une jurisprudence bien établie des tribunaux »*[8].

La notion française de créance certaine est ainsi balayée par le droit communautaire, sur la considération que la jurisprudence dite « Perruche » était bien établie auprès des tribunaux français. Le juriste devra surmonter la remise en cause du caractère certain de la créance qui conduirait à vider la notion de sa substance (on peut exiger de quelqu'un quelque chose qui n'est certain que pour le juge). Mais il devra également parvenir à se convaincre que la jurisprudence Perruche était bel et bien établie et avait donc une base certaine en droit interne. Or, rien n'est moins sûr si l'on considère l'hostilité des cours d'appel à la solution jurisprudentielle de la Cour de cassation ! Ainsi, dans une des trois espèces soumises à la Cour de cassation, il est indiqué : *« Pour décider que [le médecin] n'avait pas engagé sa responsabilité à l'égard de l'enfant, l'arrêt attaqué relève que les fautes retenues à l'encontre de ce praticien ne sont pas à l'origine des malformations dont est atteint l'enfant et qu'il n'existe donc pas de lien de causalité entre ces fautes et le préjudice de cette dernière… »*[9]. Autrement dit, l'arrêt de la juridiction d'appel était à nouveau entré dans le débat juridique sur l'imputabilité du handicap à la faute médicale, qui constitue l'une des dimensions du débat de l'affaire Perruche.

La non moins hasardeuse notion d'espérance légitime

La Cour de cassation s'appuie sur l'espérance légitime que pouvaient avoir les parents d'obtenir réparation intégrale au nom de l'enfant, au vu de la jurisprudence alors en vigueur. Cette notion d'espérance légitime, indissociable de celle de droit de créance en réparation du préjudice est, elle aussi, une notion dont la Cour européenne peut revendiquer la paternité, et que la Cour de cassation se contente de reprendre à son profit[10]. Mais ici encore, la notion ne s'appuie que sur la *« présomption selon laquelle la jurisprudence constante continuerait de s'appliquer »*[11].

Dans les deux affaires portées devant la Cour européenne, celle-ci avait considéré que l'espérance légitime d'une solution jurisprudentielle emportant réparation intégrale du préjudice devait l'emporter sur les incertitudes régnant sur la compensation forfaitaire du handicap telle qu'elle résulterait de la loi du 11 février 2005. Encore une fois, une telle analyse nous semble contestable.

Tout d'abord, l'espérance légitime d'une réparation judiciaire du préjudice nous paraît devoir être nuancée : certes la jurisprudence Perruche aurait ouvert la voie à l'indemnisation de l'enfant. Mais encore aurait-il fallu que, dans le cas des décisions prises par la Cour de cassation le 24 janvier 2006, les parents établissent la perte réelle d'une possibilité de recours à l'interruption thérapeutique de grossesse (ITG). L'ITG est en effet soumise à une décision médicale et non seulement conjugale[12]. Rien n'est dit en l'occurrence dans les décisions sur l'opportunité qu'avaient les médecins, dont l'appréciation reste libre et indépendante, de refuser le recours à l'IMG. Les indications actuelles de recours à l'ITG peuvent aujourd'hui être listées de manière non exhaustive[13], mais elles ne restent que des pistes de réflexion, chaque recours à l'ITG étant étudié au cas par cas, et certains cas se révélant plus discutables d'un point de vue médical que d'autres.

Ensuite, on peut s'interroger sur le caractère certain du recours à l'ITG par les parents, en cas de connaissance prénatale du handicap. A-t-on la certitude que les parents auraient recouru à l'interruption de grossesse si le médecin avait établi un diagnostic correct et décelé le handicap ? En l'absence de certitude totale, on recourra à la théorie de la

perte de chance pour permettre l'indemnisation alors que le lien causal reste discutable. Mais dans ces conditions, nous trouvons-nous encore dans le principe de réparation intégrale du préjudice, fondement même de la notion d'espérance légitime, alors que la théorie de la perte de chance *« donne lieu à une réparation partielle, mesurée sur la valeur de la chance perdue déterminée par un calcul de probabilités »*[14] ?

Dans les trois cas d'espèce, la volonté des parents semblait ne pas faire difficulté. Gageons que les autres affaires qui seront portées devant le juge ne se présenteront pas sous les mêmes évidences.

II – Le désaveu jurisprudentiel de la loi : une inopportune décision d'opportunité ?

Selon les conclusions précitées de l'avocat général précédant l'arrêt du 24 janvier 2006 : *« L'importance attachée au dispositif "Anti-Perruche" par le législateur impliquait dans l'esprit de ce dernier qu'il soit appliqué le plus vite possible de manière à éviter la coexistence, même pour une brève durée, de deux régimes de responsabilité antinomiques. »*

Aujourd'hui, la décision du 24 janvier 2006, dans le droit fil de la position de la Cour européenne, conduira à traiter judiciairement de manière distincte une action en indemnisation introduite avant la loi de 2002, et non encore irrévocable, et une action postérieure à l'entrée en vigueur de la loi. À force de vouloir ménager équité et rigueur juridique, on finit par dénaturer les deux objectifs que l'on se proposait d'atteindre…

D'autant qu'on aurait pu tout aussi bien imaginer que la Cour de cassation décide désormais de modifier sa position en abandonnant la solution de l'indemnisation du préjudice de l'enfant né handicapé, non sur le fondement du principe de rétroactivité de la loi du 4 mars 2002 mais sur la base de la souveraineté qui est la sienne à opérer un revirement de jurisprudence.

Ce type de contradiction juridique se retrouve d'ailleurs dans des conditions analogues, en matière d'obligation d'information par exemple. En dépit de l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 qui pose que l'obligation d'information du patient couvre les *« risques fréquents ou graves normalement prévisibles »* (Art. L. 1111-2 CSP), le juge continue à faire peser sur le médecin ou l'hôpital une obligation couvrant également les risques exceptionnels[15]. Certes, la loi du 4 mars 2002 n'a pas, s'agissant de l'obligation d'information, la portée rétroactive qu'elle possède à l'égard des questions de responsabilité liées au handicap. Toutefois, rien n'empêcherait le juge de modifier sa jurisprudence afin d'éviter la coexistence de deux régimes de responsabilités contradictoires en matière d'information. Peut-être faut-il voir là le souci du juge de ne pas donner implicitement de portée rétroactive à la loi, en appliquant une solution identique à des litiges nés avant son entrée en vigueur.

Conclusion

La solution adoptée le 24 janvier 2006 ne surprend guère sur le fond, le juge ne pouvant que s'incliner devant la position de la Cour européenne des droits de l'homme. On reste cependant circonspect face à un arrêt qui contribue à décourager encore un peu plus les tentatives de remise à flot du dispositif assurantiel. Preuve que le juge reste le seul interlocuteur des victimes de naissance handicapées, dans un débat qui, encore une fois, mériterait des réponses éthiques, philosophiques, sociales et assurantielles plus que judiciaires, en l'occurrence peu adaptées. ■

Notes...

(1) C. Cass., Ass. plénière, 17 novembre 2000, 99-13701.
(2) Et de plusieurs autres, l'arrêt Perruche ayant ouvert la voie à d'autres solutions du même ordre : C. Cass. Ass. plénière, 13 juillet 2001 JCP 2001, II, 10601, C. Cass. Ass. plénière, 28 décembre 2001, JCP 2002, II, 10018.
(3) Cf. Exposé des motifs de la proposition de loi, présentée par MM. Jean-François Mattei, Jean-Louis Debré, Philippe Douste-Blazy, déposée le 13 décembre 2001 : *« Il apparaît (…) que les règles du droit de la responsabilité civile, qui n'est pas un droit de générosité, ne sont pas adaptées aux besoins des personnes handicapées. La justice ne peut apporter de réponse qu'à des situations particulières. L'accompagnement des personnes handicapées est un problème de distribution sociale et d'intégration qui ne relève pas des tribunaux mais de la solidarité nationale »*.
(4) CEDH, Affaire Maurice c/ France, Req. 11810/03, arrêt du 6 octobre 2005, Affaire Draon c/ France, Req. 1513/03, arrêt du 6 octobre 2005.
(5) C. Cass., 1re Civ., 24 janvier 2006, n° 02-13.775, 02-12.260, 01-16.684.
(6) Voir notamment le communiqué de la MACSF, et la conférence de presse tenue le 25 janvier dernier (diffusion sur le site internet www.macsf.fr) : *« Dans l'état actuel du dossier et si rien ne vient infléchir cette évolution extrêmement préoccupante, le Sou Médical sera donc contraint pour la première fois de son histoire et pour sauvegarder l'assurance des 280 000 professionnels qu'il garantit, à envisager la résiliation des contrats correspondants pour le 31 décembre 2006. Dès à présent, la souscription de tous risques nouveaux en gynécologie obstétrique est suspendue. »*
(7) Communiqué diffusé sur le site Internet de la Cour de cassation, www.courdecassation.fr
(8) Arrêt Maurice c/ France précité, § 63.
(9) Cour d'appel de Reims, 11 avril 2001.
(10) Voir notamment les décisions de la Cour européenne dégageant cette notion : Pine Valley Developments c/Irlande, 29 novembre 1991, et Pressos Compania Naviera SA c/Belgique, 20 novembre 1995.
(11) Arrêt Maurice c/France précité, § 65.
(12) Art. L. 2213-1 CSP : *« L'interruption volontaire d'une grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire attestent, après que cette équipe a rendu son avis consultatif, soit que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, soit qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic »*.
(13) Pierre SARGOS, réflexions médico-légales sur l'interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique, JCPG, I, 322, § 13.
(14) Lexique juridique, DALLOZ.
(15) Voir par exemple, CE Ass., CRAM d'Ile-de-France, 19 mai 2004, n° **216039.**

Le nouveau droit de la bioéthique

Commentaire et analyse de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique

Jean-René Binet – *Éditions Litec, 2005, 183 pages*

Jacques Bonneau,
Ancien chargé de cours à l'École polytechnique

L'application correcte d'une loi procède de la connaissance de sa genèse. En l'espèce, la révision de la loi de 1994, c'est-à-dire l'actualisation des textes concernant le don et l'utilisation des éléments et produits du corps humain, l'assistance médicale à la procréation et le diagnostic prénatal a été dépassée par la « révolution biomédicale » qui s'est produite dans la dernière décennie.

La loi du 6 août 2004 constitue la réponse aux questions éthiques et sociétales liées aux innovations médicales impliquant la manipulation du vivant, ainsi que le remarque J.-R. Binet.

En quarante articles, la loi vient modifier ou ajouter près de 250 articles répartis dans sept codes différents : code civil, code pénal, code de la propriété intellectuelle, code de la santé publique, notamment.

L'ouvrage comprend trois grandes parties :

- 1. L'homme génétique et le don du corps humain (chap. 1, 2 et 3),
- 2. La brevetabilité du vivant et les produits de santé (chap. 4 et 5),
- 3. Procréation et embryologie (chap. 6).

I – L'homme génétique et le don du corps humain

Chap. 1 – Après avoir signalé l'accroissement des compétences du Comité consultatif national d'éthique, étendues aux problèmes de société (avis n° 81, performance et santé), l'auteur insiste sur la création de l'Agence de la biomédecine (art. L. 1418-1 à L. 1418-7 du code de la santé publique) qu'il considère comme le pilier institutionnel et incontournable des disciplines médicales. Cet établissement public administratif (qui bénéficiera du transfert des compétences de l'Établissement français des greffes) a pour mission d'établir les règles de bonnes pratiques et l'information du gouvernement en matière de qualité et de sécurité sanitaires et de recherche médicale (art. L. 1418-1 du code de la santé publique).

Chap. 2 – Ce chapitre est consacré à l'identification génétique de l'Homme.

L'auteur examine, tout d'abord, l'identification génétique *post-mortem*. Celle-ci est indissociable de l'affaire Montand. Quel rôle joue le défunt ?

Le 6 novembre 1997, la Cour d'appel de Paris (D. 1998. P. 122) avait ordonné l'exhumation du cadavre de l'artiste dans le but de réaliser sur celui-ci un prélèvement à fins d'analyse auquel M. Montand s'était opposé de son vivant.

Compte tenu du respect dû à la volonté de l'être humain décédé, la loi du 6 août 2004 (art. 16-11 du code civil) pose le principe de l'interdiction du prélèvement sur le défunt, **sauf accord exprès** de la personne manifesté de son vivant.

Dans le domaine de l'identification génétique, une autre question éthique aussi grave se pose. À la suite d'un examen réalisé sur une personne, il apparaît que celle-ci est porteuse d'une affection génétique de nature à être également présente au sein de sa famille. Le médecin qui a prescrit l'examen informe la personne concernée des risques que son silence ferait courir aux membres de sa famille. Le patient est alors placé devant une alternative :

- ou il informe lui-même sa famille,
- ou, pour préserver son secret, il choisit **la procédure de l'information médicale à caractère familial.** Il communique au médecin les noms des membres de sa famille. Ces informations sont transmises par le médecin de l'Agence de la biomédecine qui prévient les parents du patient.

Les membres de la famille concernée peuvent agir en responsabilité s'ils subissent un préjudice résultant du défaut d'information.

Chap. 3 – La loi du 6 août 2004 cherche à développer le don des éléments et produits du corps humain. L'auteur souligne l'actuelle pénurie de greffons. Pour remédier à cette pénurie la loi du 6 août 2004 (art. L. 1231-1) procède à une extension des catégories de donneurs et précise le régime procédural des prélèvements.

Le législateur a institué une nouvelle catégorie de donneurs : le donneur vivant présumé. Sauf opposition de sa part, les organes prélevés à l'occasion d'une intervention chirurgicale peuvent être utilisés



à des fins thérapeutiques (art. L. 1235-2). En principe, le donneur doit avoir la qualité de père ou de mère du receveur (art. L. 1231-1) ; désormais, le prélèvement est autorisé sur la plupart des membres de la famille.

Le consentement du donneur doit être exprimé devant le Président du Tribunal de Grande Instance qui doit s'assurer d'une part, du lien prévu entre le donneur et receveur et, d'autre part, que le consentement est libre et éclairé.

En ce qui concerne **le prélèvement post-mortem**, depuis la loi Caillavet du 22 décembre 1976, c'est le **consentement présumé** qui prévaut. La loi ne remet pas en cause ce consentement, pas plus que la possibilité d'exprimer un refus sur un registre national automatisé prévu à cet effet (art. L. 1232-1 al. 2).

En revanche, dans l'hypothèse où le défunt n'a pas effectué pareille démarche, les modalités de recherche de sa volonté connaissent des changements. À la recherche auprès des « familles » se substitue la recherche auprès des « proches ».

Enfin le médecin doit rechercher auprès des proches, non plus la volonté du défunt mais son éventuelle opposition.

II – La brevetabilité du vivant et des produits de santé

Chap. 4 – Le chapitre consacré à la brevetabilité des inventions biotechnologiques est remarquable par son exposition claire et concise.

L'auteur expose tout d'abord, la loi du 29 juillet 1994 hostile à la brevetabilité du vivant, puis la directive communautaire du 6 juillet 1998 introduisant l'invention brevetable lorsqu'un élément du corps humain est produit par un procédé technique y compris la séquence d'un gène. La transposition de cette directive – la « transgénèse » écrit J.-R. Binet – donna lieu à une fronde parlementaire. La loi du 6 août 2004 retient une solution harmonisant l'éthique et les principes du brevet d'invention.

L'article L. 611-18 du code de la propriété intellectuelle dispose que *« le corps humain … ainsi que la **découverte** d'un de ses éléments y compris la séquence d'un gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables »*. Mais, son alinéa 2 précise que seule une invention constituant ***l'application technique*** d'une fonction d'un élément du corps humain peut être protégée par un brevet.

Selon la jurisprudence communautaire (CJCE. 9 oct. 2001. point 72), *« en ce qui concerne les éléments du corps humain, ils ne sont pas brevetables et leur découverte ne peut faire l'objet d'une protection. Seules peuvent faire l'objet d'une demande de brevet, les inventions qui associent un élément naturel à un procédé technique permettant de l'isoler ou de le produire en vue d'une **application industrielle** »*.

Chap. 5 – Ainsi que note l'auteur, l'article L. 5121-1 du code de la santé publique introduit deux nouvelles définitions concernant la préparation de thérapie génique et la préparation de thérapie cellulaire xénogénique.

Ces préparations sont exclues de l'obligation selon laquelle la fabrication, l'importation, l'exportation et la distribution en gros des médicaments à usage humain ne peuvent être effectuées que dans des établissements pharmaceutiques (art. L. 5124-1 du code de la santé publique).

III – Procréation et embryologie

Chap. 6 – La procréation et l'embryologie constituent des terrains sur lesquels les problèmes posés sont les plus aigus.

Clonage, extension du diagnostic préimplantatoire, recherche sur l'embryon…, à eux seuls, selon l'auteur, ces sujets suffisent à occuper l'esprit et la réflexion tant ils cristallisent les peurs des uns et les désirs des autres, les leurres de certains et les délires de beaucoup, les rêves conscients ou non d'une société pure.

Alors que la loi du 6 août 2004 sanctionne de façon très rigoureuse le clonage **reproductif** : *« est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée* (nouvel art. 16-4 al. 3 du code civil) », elle soumet le clonage **thérapeutique** à une interdiction moins forte, probablement appelée à évoluer (art. L. 2151-4 du code de la santé publique).

Enfin, l'auteur présente, avec clarté, le délicat problème de la recherche sur l'embryon, qui a suscité maints débats devant les Chambres.

L'utilisation de cellules fœtales constitue une voie prometteuse ; toutefois elle pose de graves problèmes éthiques. C'est la voie moyenne qui a été choisie.

L'art. L. 2151-5 al. 4 permet la recherche sur les embryons ne faisant plus l'objet d'un projet parental, c'est-à-dire les embryons surnuméraires conçus dans le cadre d'une technique d'assistance médicale à la procréation et initialement conservés par cryogénisation aux fins d'implantation utérine ultérieure.

Le présent ouvrage permettra au juriste ou au médecin – ainsi qu'au citoyen curieux de bioéthique – de connaître et comprendre les sciences de la vie. ■

***Jean-René Binet**, docteur en droit de l'Université des sciences sociales de Toulouse, est maître de conférences à la faculté de droit de Besançon et directeur adjoint du CRJFC – laboratoire de droit civil.*

Textes
Janvier-février-mars 2006

Action de santé publique

Décret n° 2006-331 du 21 mars 2006 modifiant certaines dispositions du code de l'action sociale et des familles relatives aux vaccinations – *J.O.* 22 mars 2006.

Décret n° 2006-121 du 6 février 2006 relatif à la recherche sur l'embryon et sur les cellules embryonnaires et modifiant le code de la santé publique (dispositions réglementaires) – *J.O.* du 7 février 2006.

Association

Arrêté du 17 janvier 2006 fixant la composition du dossier de demande d'agrément des associations représentant les usagers dans les instances hospitalières ou de santé publique – *J.O.* du 1er février 2006.

Arrêté du 9 janvier 2006 modifiant l'arrêté du 19 avril 1994 fixant la liste des instances mentionnées à l'article L. 225-8 du code du travail relatif au congé de représentation en faveur des associations relevant du ministère des affaires sociales, de la santé et de la ville – *J.O.* n° 13 du 15 janvier 2006.

Budget

Arrêté du 17 février 2006 pris en application de l'article L. 174-1-1 du code de la sécurité sociale fixant les dotations régionales de dépenses hospitalières des unités de soins de longue durée pour 2005 – *J.O.* du 3 mars 2006.

Circulaire DHOS/F 4 n° 2005/535 du 2 décembre 2005 relative à la mise en œuvre en 2006 du nouveau régime budgétaire et comptable applicable aux établissements de santé publics et privés antérieurement financés par dotation globale – *B.O.* n° 1 du 15 février 2006.

Circulaire DHOS/O2/F2/E4 n° 2005-565 du 20 décembre 2005 relative à la mise en œuvre du volet investissement du Plan psychiatrie et santé mentale – *B.O.* n° 1 du 15 février 2006.

Carte sanitaire

Décret n° 2006-77 du 24 janvier 2006 relatif aux conditions d'implantation applicables aux activités de soins de chirurgie cardiaque et modifiant le code de la santé publique (dispositions réglementaires) – *J.O.* du 28 janvier 2006.

Décret n° 2006-78 du 24 janvier 2006 relatif aux conditions techniques de fonctionnement applicables aux activités de soins de chirurgie cardiaque et modifiant le code de la santé publique (dispositions réglementaires) – *J.O.* du 28 janvier 2006.

Arrêté du 24 janvier 2006 fixant l'activité minimale des établissements exerçant les activités de soins de chirurgie cardiaque prévues à l'article R. 6123-74 du code de la santé publique – *J.O.* du 28 janvier 2006.

Droits des patients

Décret n° 2006-119 du 6 février 2006 relatif aux directives anticipées prévues par la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie et modifiant le code de la santé publique (dispositions réglementaires) – *J.O.* du 7 février 2006.

Décret n° 2006-120 du 6 février 2006 relatif à la procédure collégiale prévue par la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie et modifiant le code de la santé publique (dispositions réglementaires) – *J.O.* du 7 février 2006.

Circulaire DHOS/E1/DGS/SD1C/SD4A/2006/90 du 2 mars 2006 relative aux droits des personnes hospitalisées et comportant une charte du patient hospitalisé. Actuellement non publiée mais disponible sur le site Santé.gouv



Établissements de santé

Décret n° 2006-122 du 6 février 2006 relatif au contenu du projet d'établissement ou de service social ou médico-social en matière de soins palliatifs – *J.O.* du 7 février 2006-03-15.

Décret n° 2006-6 du 4 janvier 2006 relatif à l'hébergement de données de santé à caractère personnel et modifiant le code de la santé publique (dispositions réglementaires) – *J.O.* n° 4 du 5 janvier 2006.

Arrêté du 28 février 2006 modifiant l'arrêté du 31 décembre 2003 relatif au recueil et au traitement des données d'activité médicale des établissements de santé publics ou privés ayant une activité en médecine, chirurgie ou obstétrique et à la transmission d'informations issues de ce traitement, dans les conditions définies à l'article L. 6113-8 du code de la santé publique (informations à transmettre à l'ARH) – *J.O.* du 14 mars 2006.

Arrêté du 23 janvier 2006 modifiant l'arrêté du 11 juillet 2005 relatif au financement en 2005 de la mission nationale et des missions régionales d'appui à l'investissement, de la mission nationale pour la tarification à l'activité et de la mission nationale d'expertise et d'audit hospitaliers – *J.O.* du 9 février 2006.

Circulaire DHOS/OPRC n° 2005-554 du 15 décembre 2005 relative au programme hospitalier de recherche clinique (PHRC) 2006 – *B.O.* 2006/1 du 15 février 2006.

Circulaire DHOS/F3/02 n° 2005-553 du 15 décembre 2005 précisant certaines modalités de mise en œuvre de l'arrêté du 31 janvier 2005 modifié relatif à la classification et à la prise en charge des prestations d'hospitalisation, des médicaments et des produits et prestations pour les activités de soins de suite ou de réadaptation et les activités de psychiatrie exercées par les établissements de santé mentionnés aux d et e de l'article L. 162-22-6 du code de la sécurité sociale et pris pour l'application de l'article L. 162-22-1 du même code – *B.O.* n° 1 du 15 février 2006.

Établissements médico-sociaux

Circulaire DGAS/SD2 n° 2005/425 du 16 septembre 2005 relative à la vaccination contre la grippe dans les établissements médico-sociaux.

Arrêté du 19 décembre 2005 relatif au plan comptable applicable aux établissements et services privés sociaux et médico-sociaux relevant du I de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles – *J.O.* n° 3 du 4 janvier 2006.

Circulaire DGAS/SD2 n° 2005/425 du 16 septembre 2005 relative à la vaccination contre la grippe dans les établissements médico-sociaux – *B.O.* n° 1 du 15 février 2006.

Hébergeurs de données de santé

Arrêté du 21 février 2006 modifiant l'arrêté du 7 février 2006 fixant la composition du comité d'agrément des hébergeurs de données de santé à caractère personnel – *J.O.* du 26 février 2006.

Infections nosocomiales

Arrêté du 8 mars 2006 relatif au bilan annuel des activités de lutte contre les infections nosocomiales dans les établissements de santé – *J.O.* du 19 mars 2006.

Personnels des établissements de santé sociaux et médico-sociaux

Dispositions relatives au personnel auxiliaire médical

Arrêté du 22 octobre 2005 relatif au diplôme professionnel d'aide-soignant – *B.O.* n° 1 du 15/02/2006.

Arrêté du 16 janvier 2006 relatif à la formation conduisant au diplôme professionnel d'auxiliaire de puériculture – *J.O.* du 1er février 2006.

Arrêté du 16 janvier 2006 relatif aux modalités d'organisation de la validation des acquis de l'expérience pour l'obtention du diplôme professionnel d'auxiliaire de puériculture – *J.O.* du 1er février 2006.

Dispositions relatives au personnel administratif

Décret n° 2006-226 du 24 février 2006 modifiant le décret n° 2001-1207 du 19 décembre 2001 portant statut particulier du corps des attachés d'administration hospitalière – *J.O.* du 26 février 2006.

Décret n° 2006-224 du 24 février 2006 modifiant le décret n° 89-241 du 18 avril 1989 portant statuts particuliers des aides-soignants et des agents des services hospitaliers qualifiés de la fonction publique hospitalière, le décret n° 90-839 du 21 septembre 1990 modifié portant statuts particuliers des personnels administratifs de la fonction publique hospitalière, le décret n° 91-45 du 14 janvier 1991 portant statuts particuliers des personnels ouvriers, des conducteurs d'automobile, des conducteurs ambulanciers et des personnels d'entretien et de salubrité de la fonction publique hospitalière, le décret n° 91-868 du 5 septembre 1991 portant statuts particuliers des personnels

techniques de la fonction publique hospitalière et le décret n° 93-658 du 26 mars 1993 modifié portant statut particulier des moniteurs d'atelier de la fonction publique hospitalière – *J.O.* du 26 février 2006.

Dispositions relatives au personnel de catégorie C

Décret n° 2006-347 du 10 mars 2006 relatif au plan de formation destiné aux personnels aides-opératoires et aides-instrumentistes ayant satisfait aux épreuves de vérification des connaissances – *J.O.* du 24 mars 2006.

Décret n° 2006-227 du 24 février 2006 relatif à l'organisation des carrières des fonctionnaires hospitaliers de catégorie C – *J.O.* du 26 février 2006.

Décret n° 2006-228 du 24 février 2006 instituant différentes échelles de rémunération pour les fonctionnaires hospitaliers de catégorie – *J.O.* du 26 février 2006.

Arrêté du 24 février 2006 fixant l'échelonnement indiciaire des grades et emplois de la catégorie C – *J.O.* du 26 février 2006.

Dispositions relatives au personnel technique

Décret n° 2006-229 du 24 février 2006 relatif au classement indiciaire applicable aux moniteurs d'atelier de la fonction publique hospitalière – *J.O.* du 26 février 2006.

Arrêté du 24 février 2006 relatif à l'échelonnement indiciaire des moniteurs d'atelier de la fonction publique hospitalière – *J.O.* du 26 février 2006.

Exercice formation initiale

Arrêté du 22 octobre 2005 relatif au diplôme professionnel d'aide-soignant – *B.O.* 2006/1 du 15 février 2006.

Ordres professionnels

Décret n° 2006-269 du 7 mars 2006 relatif à la composition et aux modalités d'élection des conseils de l'ordre des médecins, des chirurgiens-dentistes, des sages-femmes et de leurs chambres disciplinaires et modifiant le code de la santé publique (dispositions réglementaires) – *J.O.* du 9 mars 2006.

Décret n° 2006-270 du 7 mars 2006 relatif à la composition et aux modalités d'élection des conseils de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes et des conseils de l'ordre des pédicures-podologues et de leurs chambres disciplinaires et modifiant le code de la santé publique (dispositions réglementaires) – *J.O.* du 9 mars 2006.

Nouvelle Gouvernance

Décret n° 2005-1656 du 26 décembre 2005 relatif aux conseils de pôles d'activité et à la commission des soins infirmiers, de rééducation et médico-techniques des établissements publics de santé et modifiant le code de la santé publique (dispositions réglementaires) (rectificatif) – *J.O.* du 4 février 2006.

Produits du corps humain

Décret n° 2006-215 du 22 février 2006 relatif à l'importation des produits sanguins labiles et des pâtes plasmatiques – *J.O.* du 24 février 2006.

Protection sanitaire, maladies, toxicomanie, épidémiologie, vaccination, hygiène

Arrêté du 6 janvier 2006 modifiant l'arrêté du 24 novembre 2003 relatif aux emballages des déchets d'activités de soins à risques infectieux et assimilés et des pièces anatomiques d'origine humaine – *J.O.* n° 17 du 20 janvier 2006.

Circulaire DHOS/O2/DGS/6C/DGAS/1A/1B n° 2005-521 du 23 novembre 2005 relative à la prise en charge des besoins en santé mentale des personnes en situation de précarité et d'exclusion et à la mise en œuvre d'équipes mobiles spécialisées en psychiatrie – *B.O.* n° 1 du 15 février 2006.

Circulaire DGS/SD 5 C n° 2005-519 du 23 novembre 2005 relative à la transmission obligatoire de données individuelles à l'autorité sanitaire en cas d'hépatite A aiguë – *B.O.* n° 1 du 15 février 2006.

Vigilances

Décret n° 2006-99 du 1er février 2006 relatif à l'Établissement français du sang et à l'hémovigilance et modifiant le code de la santé publique (dispositions réglementaires) – *J.O.* du 3 février 2006.

Réseaux

Arrêté du 1er mars 2006 portant détermination de la dotation nationale de développement des réseaux pour l'année 2006 – *J.O.* du 8 mars 2006.





Flash information du Centre de droit Jurisanté

Réforme 2006 du code des marchés publics : le CNEH vous propose deux formations pour comprendre les évolutions réglementaires et les implications de la réforme pour votre établissement.

***Public :** chefs d'établissement, attachés, acheteurs*

La réforme du CMP 2006 en détail (deux jours)

Code : 106.357

Dates 2006 : 26 et 27 juin ; 3 et 4 juillet ; 19 et 20 juillet ; 13 et 14 septembre ; 26 et 27 septembre (Paris*). Sessions en province : 2 et 3 octobre (Toulouse*) ; 12 et 13 octobre (Montpellier*) ; 17 et 18 octobre (Nancy*) ; 26 et 27 octobre (Rennes*)

Programme

1. Les enjeux de la 3e réforme du Code des Marchés Publics

– Les directives européennes 2004-17 et 2004-18.

– Le décret de juin 2006 portant nouveau code des marchés publics.

– L'ordonnance 2005-649 du 6 juin 2005 applicable aux personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics (incidence sur les GIE, GIP, GCS…).

2. Les incidences de la réforme sur les acteurs de la commande publique

– La disparition de la notion de « Personne Responsable du Marché ».

– La notion de « Pouvoir Adjudicateur ».

– La modification des groupements de commandes.

– La modification de la composition des Commissions d'Appels d'Offres.

3. Les incidences de la réforme du code des marchés publics sur la politique d'achat public et l'organisation interne de l'établissement

– La redéfinition des délégations de signature.

– L'abaissement des seuils et la mise en place d'une nomenclature spécifique.

– L'opportunité de rédiger un « guide » des procédures internes.

4. Les modifications sur les procédures d'achat public

– Le marché à procédure adaptée.

– Les marchés à formalisme allégé.

– L'appel d'offres.

– Le marché négocié.

– Le dialogue compétitif.

5. Les nouvelles procédures

– Les accords cadres et marchés cadres.

– Le système d'acquisition dynamique.

6. Les obligations de publicité et de mise en concurrence

– La notion de « publicité adaptée ».

– La rédaction des avis d'appel à concurrence (BOAMP, JOUE).

– Les mentions facultatives et les mentions obligatoires.

7. La sélection des candidatures et le choix des offres

– Les nouvelles conditions de recevabilité des candidatures.

– Les documents exigibles.

– L'examen des garanties techniques et financières.

– La pondération des critères.

– L'analyse des offres et le choix du titulaire.

8. L'exécution et le suivi du marché

– L'exécution des marchés à bons de commande et des marchés cadres.

– L'exécution financière (le nouveau régime des avances et des acomptes).

– Le recours aux avenants (montant et modalités).

9. La prévention des litiges et l'information des candidats évincés

– L'information des candidats non retenus.

– Les modalités de la notification du marché.

– La communication des motifs de rejet de l'offre (art. 76).

– Les documents communicables aux candidats évincés (art. 77).

– Le risque du référé précontractuel (art. L.551-1 du code de justice administrative).



La réforme 2006 du CMP, l'essentiel (1 jour)

Code 106.358

Dates 2006 : 11 juillet, 25 juillet, 19 septembre (Paris*)

Programme

1. Les enjeux de la 3e réforme du Code des Marchés Publics
- Les directives européennes 2004-17 et 2004-18.
- Le décret de juin 2006 portant nouveau code des marchés publics.
- L'ordonnance 2005-649 du 6 juin 2005 applicable aux personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics (incidence sur les GIE, GIP, GCS…).

2. Les incidences de la réforme sur les acteurs de la commande publique
- La disparition de la notion de « Personne Responsable du Marché ».
- La notion de « Pouvoir Adjudicateur ».
- La modification des groupements de commandes.
- La modification de la composition des Commissions d'Appels d'Offres.

3. Les incidences de la réforme du code des marchés publics sur la politique d'achat public et l'organisation interne de l'établissement
- La redéfinition des délégations de signature.
- L'abaissement des seuils et la mise en place d'une nomenclature spécifique.
- L'opportunité de rédiger un « guide » des procédures internes.

4. Les modifications sur les procédures d'achat public
- Le marché à procédure adaptée.
- Les marchés à formalisme allégé.
- L'appel d'offres.
- Le marché négocié.
- Le dialogue compétitif.

5. Les nouvelles procédures
- Les accords cadres et marchés cadres.
- Le système d'acquisition dynamique.

6. La prévention des litiges et l'information des candidats évincés
- L'information des candidats non retenus.
- Les modalités de la notification du marché.
- La communication des motifs de rejet de l'offre (art. 76).
- Les documents communicables aux candidats évincés (art. 77).

Intervenant : Rodolphe Rayssac, *Avocat, consultant au CNEH* – **Renseignements :** 01 41 17 15 19

* le lieu exact vous sera communiqué sur la convocation

BULLETIN D'INSCRIPTION

À renvoyer par courrier (CNEH, Service formation, à l'attention d'Alexandra Agathe, 3 rue Danton, 92240 Malakoff) ou par fax : 01 41 17 15 79

- **TARIFS**

Adhérents CNEH	1 jour ❑	**370 € TTC**	2 jours ❑	**740 € TTC**
Non-adhérents	1 jour ❑	**410 € TTC**	2 jours ❑	**820 € TTC**

- **LIEU DE FORMATION**
  Le lieu exact sera indiqué sur la convocation

Formation choisie ....

Code ....

Date(s) ....

Mme ❑ Mlle ❑ M. ❑ Dr. ❑ Pr. ❑

Nom .... Prénom ....

Fonction ....

Établissement ....

Adresse complète ....

....

Code Postal .... Ville ....

Responsable de Formation : ....

Tél : .... Fax : ....

E-mail ....

Date : Signature et cachet

Inscrivez-vous en ligne : www.cneh.fr – CNEH organisme dispensateur de formation n° 11752625175



Centre de droit

JuriSanté

Une équipe de juristes à votre disposition

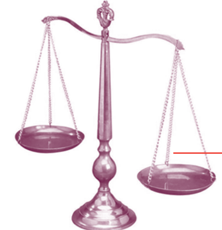


L'expertise

sur l'ensemble des questions de droit hospitalier
et de la santé pour les adhérents du CNEH

La formation continue pour les professionnels de santé

au CNEH ou sur site



La synthèse

de la législation, de la jurisprudence
et de la doctrine répondant à vos demandes



Le service téléphonique de renseignements juridiques

Service gratuit exclusivement réservé aux adhérents du CNEH



L'information

par la publication d'ouvrages

Revue Actualités JuriSanté

Abonnement : 4 numéros par an

- ❏ tarif institutionnel : 91,50 € TTC
- ❏ tarif individuel : 75,50 € TTC
- ❏ tarif étudiant : 53,50 € TTC
- ❏ tarif au numéro : 30,50 € TTC

Pour toute information

s'adresser au Centre de droit JuriSanté – CNEH – 3, rue Danton – 92240 MALAKOFF

Tél. : **01 41 17 15 56** • Fax : **01 41 17 15 31**

www.cneh.fr